31761 09373451 5

Law
For
H1397kx

Die Lehre

von dem

Auszug oder der Leibzucht

nach gemeinen

in Deutschland und namentlich im Königreich

Sachsen gültigen Rechten

dargestellt

von

Philipp Heinrich Friedrich Hänsel,

Stadtgerichts-Rath zu Leipzig.

25979 -
6/2/93

Leipzig,

bei Karl Franz Köhler.

1834.

Digitized by the Internet Archive
in 2014

https://archive.org/details/dielehrevondemau00hnse

Herrn Stadtrichter Winter,

Ritter des Königl. Sächs. Civ. Verd. Ord.

Herrn Advocat Römisch,

Herrn Consist. Ass. D. Dörrien,

Herrn D. Wiesand,

Herrn D. Schreckenberger,

Herrn D. Treitschke,

Herrn App. Rath D. Steinacker

gewidmet

von dem Verfasser.

Ihnen, verehrte Freunde! widme ich das gegenwärtige Buch, dessen Erscheinen mit einem Zeitpunkte zusammenfällt, der für Sie und für mich von Wichtigkeit ist. Mit diesem Jahre geht das fünfundzwanzigste der Jahre zu Ende, während welcher ein Verein besteht, der, gestiftet in trüber Zeit, seinen Theilnehmern alle die Vortheile, welche ein solcher Verein gewähren kann, Erholung von den regelmäßigen Arbeiten des Berufs, verbunden mit freiem Austausch der Meinungen über Gegenstände der Wissenschaft, in reichem Maaße gewähret hat. Ich insbesondere verdanke demselben mannichfache Belehrung, und ich glaube den Dank dafür nicht besser ausspre-

chen zu können, als eben dadurch, daß ich Ihnen, den dermaligen Genossen dieses Vereines, — denn mancher der frühern Theilnehmer ist im Laufe der Zeit geschieden, und mehreren dieser Geschiedenen werden wir auf unserer Pilgerschaft durch das Leben nicht wieder begegnen, — diese kleine Schrift widme. Daß Sie dieselbe so wohlwollend annehmen, als ich vertrauensvoll gebe, dessen bin ich gewiß. Möchte nur das Gegebene von Ihnen auch würdig für den Zweck befunden werden, für welchen es gegeben wird.

Vorrede.

Indem der Verfasser die vorliegende kleine Schrift dem Publicum übergiebt, achtet er es nicht für überflüßig, Rechenschaft von den Gründen zu ertheilen, welche ihn bestimmten, die Bearbeitung eines Gegenstandes zu liefern, den das bekannte Werk von Runde: die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheile auf deutschen Bauergüthern, nach gemeinen und besondern Rechten, Oldenburg, 1805., auf eine so ausgezeichnete Weise bereits behandelt hatte. Dazu möge Folgendes dienen.

Das Rundesche Werk betrachtet den Auszug, in wie fern er bei Bauergüthern, und zwar solchen vorkommt, die in einem Verhältniß sich befinden, welches im Allgemeinen mit dem Ausdruck Colonat bezeichnet wird. Da in diesem Verhältniß das Grundeigenthum von dem Rechte des zeitigen Besitzers geschieden, das letztere, wenn irgend als Eigenthum, in jedem Fall als ein in dem Interesse des Grundherrn beschränktes Eigenthum, obschon einer Uebertragung fähig, erscheinet, so kann es nicht fehlen, daß der Auszug, welcher mit Hinsicht auf solche

Grundstücke bestellt wird, eine bestimmte eigenthümliche Form gewinne, welcher diejenige Art des Auszugs entbehrt, die auf Grundstücke versichert worden, welche in **dominio pleno** des Besitzers sich befinden. Das letztere ist der Fall bei den Bauergüthern, wie sie in dem Königreich Sachsen, einige Theile der demselben verbliebenen Oberlausitz ausgenommen, so wie in manchen andern Ländern und Provinzen deutscher Zunge vorkommen. Außerdem läßt sich aber auch denken, daß Emolumente, wie sie in dem auf den Colonat gegründeten Auszug vorkommen, als **onus reale** auch auf andre Arten Grundstücke, die nicht für Bauergüther gelten, versichert werden. Der Auszug, in Beziehung auf solche Grundstücke gedacht, erscheint in einer weit weniger bestimmten Form, als der auf den Colonat gegründete. Die Rechte und Verbindlichkeiten sind nur nach Vorschriften des gemeinen, in Deutschland gültigen Rechts und dem was Particular-Gesetzgebung in dieser Hinsicht bestimmt, zu beurtheilen. Die letztere Quelle fließt gemeiniglich und namentlich in Sachsen ziemlich spärlich. Was ersteres, das gemeine Recht anlangt, so kommt, abgesehen von der durch die deutschen Juristen gebildeten Theorie der Reallasten, vorzugsweise das römische Recht in Betracht. Aber eben in der Anwendung des letztern zeigt sich bei den meisten Schriftstellern, welche diesen Gegenstand behandelt haben, eine gewisse Unvollständigkeit und ein Schwanken, welches

auf die hier in Frage kommenden rechtlichen Verhältnisse nur verderblich einwirken kann. Es scheint daher nicht ganz unverdienstlich, die Bestimmungen des römischen Rechts, welche zur Anwendung auf dieses Verhältniß sich eignen, aufzusuchen, und in einer gewissen Ordnung, versteht sich mit steter Rücksicht auf die einschlagenden Sätze des gemeinen deutschen und Particular-Rechts, zusammenzustellen. Dieses Verdienst hat der Verf. der vorliegenden Schrift zu erwerben gesucht. Ob und wie weit dies ihm gelungen sey, darüber mögen unbefangene Richter mit Nachsicht urtheilen.

Dies zur Rechtfertigung der vorliegenden neuen Bearbeitung eines vorher schon von andern behandelten Gegenstandes. Der Verfasser hätte nun eigentlich in dieser Vorrede nichts weiter zu sagen. Er schließt jedoch hier ein Verzeichniß der Schriften seiner Vorgänger an, die er größtentheils benutzt und in dem Buche angeführt hat. Es sind, außer dem bereits angeführten Runde'schen Werk, folgende:

H. Hildebrandt, de mansione constituta et reservata. Altorf 1720.

I. Fr. Wernher, de reservato, vulgo: Auszug. Viteb. 1727.

I. G. Krause, diss. circa iura et mores reservatorum rusticorum praeprimis Misnensium. Viteb. 1729.

G. Sturm, de emtionibus venditionibus et donationibus sub modo, vom Auszug bei Verkauf und Schenkung. Viteb. 1731.

F. G. Klingner's Sammlungen zu dem Dorf- und Bauernrecht. Lpzg. 1749 ff. Th. I. Kap. 20.

R. Ch. Henne, de cessione bonorum liberis a parentibus adhuc vivis facta. Erfurt. 1760.,

enthält, so wie die Sturm'sche diss. wenig bedeutendes, was hierher gehört.

R. A. Moeller, de assignatione bonorum parentali cuidam liberorum facta, vulgo: vom Anschlag der Güther, itemque de reservato, vom Auszug der Eltern. Marb. 1764.

Diese Schrift, deren Inhalt Runde I. S. 283. anzeigt, hat der Verfasser nicht zu Gesicht bekommen.

C. S. Zachariae, liber quaestionum. Viteb. 1805. qu. XXI.

C. G. Biener, quaestiones iuris de reservato, in einzelnen Programmen zu Leipzig erschienen. qu. 23. 24. 1810. qu. 25. 26. von demselb. Jahre. qu. 31. 1811. in dessen opusc. vol. II. S. 150. 153. 160.

F. Thierfeld, der Leibzuchtcontract oder die Rechte und Pflichten der Auszügler im Königreiche Sachsen. Leipzig 1827.

enthält manche schätzbare Bemerkung, erschöpft aber das Ganze zu wenig und leidet vornehmlich an dem Mangel einer systematischen Anordnung.

C. M. Mirus, de reservato rustico. L. 1828.

G. A. Gottschalk, selecta disc. for. capita, ed. II. Dresd. 1826. ff. tom. I. cap. 15. 29. tom. II. cap. 22. tom. III. c. 19.

C. G. Haubold, Lehrb. des K. Sächs. Privatrechts; vorzüglich in der 2ten, von D. K. F. Günther besorgten Ausgabe. L. 1829. §. 462. 463. a. b. Aus not. I. ad §. 462. ersieht man, daß schon zu Ende des vorigen Jahrhunderts die sächsische Regierung ein Gesetz über den Auszug beabsichtigte.

Erst nachdem der Druck der gegenwärtigen Schrift begonnen hatte, erschienen:

Erörternngen practischer Rechtsfragen aus dem gem. u. sächs. Civilrecht u. Prozesse mit Beziehung auf die darüber vom K. S. App. Gericht ertheilten Entscheidungen von D. A. S. Kori. 3. Th. Dresden u. Leipzig 1833.

aus welchen Nr. XI. über die Verfallzeit der auf Bauergüthern haftenden Auszugsleistungen und die Wirkungen des diesfalls begangenen Verzugs nach den darüber in dem K. S. App. Ger. angenommenen Grundsätzen; Nr. XII. über die Berechnung der Lebenszeit eines Auszüglers, um darnach den Kapitalwerth des Auszugs in Beziehung auf

das davon zu entrichtende Lehngeld zu bestimmen; hierher gehört. Unter der ersten Nummer findet man eine Bestätigung dessen, was in der vorliegenden Schrift über die Mora in Ansehung der Auszugsprästationen als Ansicht des App. Ger. angeführt worden ist. Auch ist daraus zu ersehen, daß besagtes hohes Collegium die sonst ziemlich allgemein verbreitete Ansicht, daß dem Auszug überall die Eigenschaft der Alimente zukomme, keineswegs als richtig anerkannt hat. In Nr. XII. wird bei der Bestimmung der wahrscheinlichen Lebensdauer eines Auszüglers, l. 68. D. ad leg. falcid. zu Grunde gelegt, und ein Irrthum von Hommel, obs. 741. und Thierfeld S. 126. gerügt *).

Noch sey es dem Verf. erlaubt, auf das, was er in seinen Bemerkungen und Excursen zu Curtius Handb. Abth. 3. §. 280. S. 106 ff. bemerkt hat, sich zu beziehen.

---

*) Der Verf. trägt hier zugleich für §. 1. Note 8. die Bemerkung nach, daß die Süßmilch'sche Mortalitätsliste bei Thierfeld S. 127. sich befindet.

Uebersicht des Inhalts.

Seite

I. Auszug im Allgemeinen; Fixirung des Begriffs. §. 1. . . . 1.
II. Insbesondere
1. Auszug, der auf das Colonats-Verhältniß sich gründet, §. 2. . . . . 13.
2. Auszug außer dem Colonats-Verhältnisse; conventioneller Auszug,
A. im Allgemeinen, §. 3. . . . . 15.
B. in specie,
a. Bestellung des Auszugs,
aa. im Allgemeinen; reservirter und constituirter Auszug; Verjährung. §. 4. . . . . 23.
bb. insbesondere,
α. Bestellung durch Vertrag, §. 5. . . . . 37.
β. Bestellung durch letzten Willen, §. 6. . . . 50.
b. bestellter Auszug.
aa. das Obligations-Verhältniß zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten,
α. im Allgemeinen, §. 7. . . . . 56.
β. insbesondere;
αα. die einzelnen Auszugsemolumente,
A. erste Klasse; solche, welche in einem Recht der unmittelbaren Benutzung bestehen,
a. im Allgemeinen, §. 8. . . . . 58.
b. insbesondere,
aa. ususfructus, bb. usus, §. 9. . . . . 75.
cc. habitatio, §. 10. . . . . 82.

Seite

B. zweite Klasse der Auszugs-Emolumente,
a. im Allgemeinen, §. 11. (10.) . . . 98.
b. insbesondere,
aa. Leistungen, welche in dando bestehen,
aaa. im Allgemeinen, §. 12. (11.) 101.
bbb. einzelne, in dando bestehende Leistungen, §. 13. (12.) . . 105.
bb. Leistungen, welche in faciendo bestehen, §. 14. (12.) 116.
cc. gemischte Leistungen, §. 14. (12.) 116.
ββ. die verschiedenen Auszugs-Emolumente in ihrer Verbindung, §. 15. (13.) . . . . 126.
bb. der Auszug als dingliches Recht an sich und in Vergleichung mit andern dinglichen Rechten, §. 16. (14.) . . . . . 131.
cc. die wegen des Auszugs zuständigen Rechtsmittel, §. 17. (15.) . . . . . 138.
dd. Concurrenz mehrerer bei dem Auszug, §. 18. (16.) . . . . . 141.
ee. Auszug als Vermögensrecht; Disposition über dasselbe, §. 19. (17.) . . . . . 153.
ff. Einfluß des bestellten Auszugs auf status, §. 20. (18.) . . . . . 168.
c. Aufhören des Auszugs, §. 21. (19.) . . . . . 172.

Die von §. 11. an statt findende unrichtige Bezeichnung der §§., welche der Verf. unglücklicher Weise erst nach vollendetem Druck bei Fertigung des Inhalts-Verzeichnisses bemerkte, wird der Leser gefälligst entschuldigen und berichtigen.

§. 1.

Das Obligationsverhältniß, vermöge deſſen einer Perſon ein Anſpruch auf gewiſſe Emolumente zuſteht, welche mit dem Namen Auszug, Leibzucht, Altentheil, auch wohl mit manchen andern Benennungen bezeichnet werden und theils in dinglichen Rechten, vermöge deren der Berechtigte die Benutzung und den Gebrauch gewiſſer Sachen unmittelbar ausübt, theils in Forderungsrechten, welche auf ein Geben oder Thun ſich beziehen, beſtehen[1]), hat im Allgemeinen betrachtet, das Eigenthümliche, daß es A) eine Verbindlichkeit des Verpflichteten vorausſetzt, welche nicht durch eine einfache Leiſtung aufgehoben werden kann, indem entweder eine ununterbrochene Dauer des Forderungsrechts oder ein in gewiſſen Zeitabſchnitten eintretendes Wiederkehren des Rechts auf beſtimmte Leiſtungen, deren jede als ſelbſtſtändiges Ganze betrachtet wird[2]), Statt findet; B) in Beziehung auf eine beſtimmte Sache ſtehet, indem es dieſe Sache als **onus reale** afficiret[3]), auch wohl theils ein Recht der Benutzung gewiſſer Theile dieſer Sache, theils einen Anſpruch auf gewiſſe **in dando** beſtehende Leiſtungen aus den Nutzungen derſelben giebt[4]), was in ſeinem ganzen Umfange ſich nur annehmen läßt, wenn die Sache ein Grundſtück iſt[5]); übrigens C) in keinem Fall den Erben des Berechtigten einen Anſpruch gewährt[6]). Leiſtungen dieſer Art, mag man ſie

nun als Object eines Rechts oder einer Verbindlichkeit betrachten, erscheinen als **res incertae aestimationis**; und als Object einer Verpflichtung betrachtet, als etwas, wodurch der Werth, den das belastete Grundstück an sich hat, vermindert wird[8]).

1) Ueber die verschiedenen Benennungen vgl. Runde I. §. 49. Von den im §. angeführten Namen drückt fast jeder etwas aus, was bei dem Auszug wo nicht als etwas wesentliches, doch als etwas Gewöhnliches vorkommt. Das Wort Auszug selbst, so wie das ihm entsprechende lateinische reservatum, deuten auf einen Vorbehalt, als diejenige Art der Bestellung des Auszugs hin, welche am häufigsten vorkommt und am sichersten die Eigenschaft eines onus reale begründet. Leibzucht, über welches Wort zu vergl. Wehner. observ. pract. ed. Schilter. voc. Leibzucht; Leibgedinge und Altentheil bezeichnen etwas, was als Alimente anzusehen ist; und zwar der letztere Ausdruck bestimmter alimenta, welche einem Individium prästirt werden, das Alters halber nicht mehr im Stande ist, seinen Unterhalt durch eigne Thätigkeit zu erwerben. Daß Leibzucht in den alten deutschen Rechtsbüchern und Urkunden bisweilen so viel als ususfructus bedeutet, oder doch die Rechte der Leibzucht denen des ususfructus gleichgestellt werden, s. bei Wehner a. a. O. add. C. O. Rechenberg;pr. de duabus usufr. speciebus, quae sub nomine Leibzucht und Leibgedinge continentur. L. 1745. Leibzucht ist der allgemeine Nahme; Leibgedinge, deutet in sp. auf vertragsmäßige Begründung hin. In subjectiver Bedeutung versteht man übrigens unter Auszug das Recht des Auszugs.

2) Diese Eigenschaft der Verbindlichkeiten, vermöge deren gewisse Arten derselben durch eine einfache Leistung dessen quod in obligatione est, erfüllet und so vernichtet werden können, andere hingegen nicht, wird in unsern Systemen und Kompendien nicht berücksichtiget. Gleichwohl ist sie wirklich vorhanden, auch l. 20. §. 5. D. de stat. lib. wenig-

stens angedeutet, und in mehr als einer Hinsicht von practischer Bedeutung. Was die Verbindlichkeiten der letztern Art betrifft, so lassen sich zwei Arten derselben unterscheiden. A) solche, bei denen die Verpflichtung ununterbrochen fortdauert. Dies kommt vor in Obligationsverhältnissen, bei denen der Verpflichtete gehalten ist etwas nicht zu thun oder zu leiden; also bei allen Arten Servituten, bei denen ein obligatorisches Verhältniß sich nicht verkennen läßt, wenn es gleich in den Rechtsquellen und Handbüchern nicht besonders hervorgehoben zu werden pflegt. B) Andere, bei denen zwar nicht ununterbrochene Dauer der Verpflichtung, wohl aber eine in gewissen Zeitabschnitten gleichförmig wiederkehrende Nothwendigkeit gewißer Leistungen (annuae, menstruae praestationes) eintritt. Was wiederkehrenden Leistungen und zwar namentlich solche betrifft, die in dando bestehen, so ist zu bemerken, daß die einzelnen Leistungen sowohl als etwas Selbstständiges, aber auch als partielle Zahlungen auf ein in obligatione befindliches Ganze betrachtet werden können. Dies letztere freilich dann nicht, wenn die obligatio zu solchen Leistungen von unbestimmter Dauer ist; da hier ein Ganzes, welches die einzelnen Leistungen als bestimmte Theile in sich enthielte, gar nicht aufzufinden ist; wohl aber, wenn das Wiederkehren der Leistungen nur für einen bestimmten Zeitraum gilt. Wäre hier von den Interessenten ausdrücklich das Ganze benannt, welches durch die in wiederkehrenden Terminen zu entrichtenden Leistungen abgezahlt werden soll, so würden diese Leistungen die Eigenschaft von Partialzahlungen haben, gleichviel übrigens, ob für jeden Termin die pensio angegeben worden ist, oder nicht; denn in dem letztern Fall werden nach l. 3. p. §. 1. D. de ann. legat. aequae pensiones vorausgesetzt. In der Mitte zwischen diesen beiden Fällen der völligen Bestimmtheit und absoluten Unbestimmbarkeit eines Ganzen liegt der Fall, wenn die Zahl der wiederkehrenden Termine und der auf jeden Termin kommenden pensio gegeben ist. Hier kann man allerdings durch Multiplication des Betrags der pensio mit der Zahl der Termine zu einer Summe, einem Ganzen

gelangen; allein ob die Interessenten, die bei ihren Bestimmungen das Ganze außer Spiel ließen, wirklich die Absicht hatten, die einzelnen Leistungen als selbstständige Leistungen oder als Theile einer Summe anzusehen, das bleibt unentschieden. Indeß ist nach römischen Recht wenigstens dann, wenn dergleichen Leistungen vermöge Vertrags zu entrichten sind, anzunehmen, daß selbstständige Leistungen vorliegen. l. 140. §. 1. D. de V. O. Bei Legaten gilt dasselbe, wenn sich nicht nachweisen läßt, daß die Annahme von Terminen exonerandi haeredis caussa erfolgt ist, l. 20. 26. §. 2. D. quando dies leg. In dem letztern Fall liegt nämlich offenbar die Absicht vor, die terminliche Abzahlung einer Summe zu gestatten. Aus ähnlichen Gründen dürfte auch die Bestimmung der l. 140. §. 1. D. de V. O. Modification erleiden. In jedem andern Fall, namentlich wenn die einzelnen Leistungen ad alimenta gegeben sind, ist das Gegentheil anzunehmen. Uebrigens können auch wiederkehrende Leistungen, welche selbstständiger Natur sind, in einer doppelten Gestalt vorkommen. Denn es ist entweder eine Mehrheit von Obligationen, d. h. so viel als einzelne Leistungen; oder una obligatio, die auf mehrere Leistungen sich beziehet, vorhanden. Das erste ist der Fall a) bei allen legatis annuis, menstruis, l. 4. 11. D. de ann. leg. l. 11. 12. 13. D. qu. dies leg. b) In dem Fall der l. 140. §. 1. D. de. V. O. Das letztere tritt ein in allen übrigen Fällen, in denen wiederkehrende Leistungen durch Vertrag auf unbestimmte Zeit begründet werden; l. 16. §. 1. D. de V. O. in specie gilt dies von der Obligatio eines Bürgen, der für jährliche Pachtzinsen einzustehen sich verpflichtet l. 58. p. D. de fideiussor. und ohne Zweifel auch von der Obligatio des Pachters selbst. Alle diese Verschiedenheiten sind von practischen Folgen begleitet. Wiederkehrende Leistungen, welche als Theile eines Ganzen, einer Summe, anzusehen sind, haben mit den selbstständigen Leistungen das gemein, daß in beiden ein Klagerecht nur allmälig mit Eintritt jedes Termins entsteht. Aber eine wesentliche Verschiedenheit zeigt sich hier in Ansehung der Verjährung des Klagerechts. Bei wiederkehrenden Lei-

stungen der ersten Art kann eine Verjährung der Klage auf einzelne Termine nicht Statt finden, d. h. eine Verjährung früherer Termine hat nicht Statt, so lange noch später verfallende Termine zu leisten sind; sie beginnt vielmehr erst mit Verfall des letzten Termins. Bei Leistungen der zweiten Art ist eine Verjährung der einzelnen Termine nicht nur möglich, sondern nach der auf l. 7. §. ult. C. de praescr. 30. l. 40. ann. gegründeten Ansicht der meisten Rechtslehrer allein statthaft. Wollte man aber auch mit Andern, oder nach Bestimmung der Particular-Gesetzgebungen, wie dergleichen für Sachsen in c. 2. p. III. vorhanden ist, annehmen, daß das ganze Recht auf wiederkehrende Leistung verjährt werden könne, so wäre doch diese Verjährung ganz andrer Art als bei Leistungen der ersten Art. Denn sie beginnt mit dem Moment, in welchem das Recht auf wiederkehrende Leistungen überhaupt bestritten wird, ohne Rücksicht, ob einzelne Leistungen noch im Rückstand sind oder nicht. Als ein weiterer Unterschied kann zwar im Allgemeinen nicht angegeben werden, daß bei jener Art wiederkehrender die Obligatio, das Forderungsrecht, auf einmal, bei diesen nur successive, mit Eintritt jedes Termins, in das Leben trete. Denn bloß wenn Leistungen der letzten Art durch Legat bestellt worden sind, wird obligatio multiplex in dem Sinne angenommen, daß nicht nur pluralitus obligationis, sondern für jede auch ein besonderer dies cedens Statt findet; l. 4. 11. D. de ann. leg. l. 10. 11. 12. D. quando dies leg.; während bei den auf andre Weise begründeten Leistungen, selbst wenn plures stipulationes vorhanden wären, nichts hindert, anzunehmen, daß das Forderungsrecht aus den mehreren Verträgen gleichzeitig begründet und nur das Klagerecht aufgeschoben werde. Vergl. l. 10. §. 1. D. de V. O. Indeß zeigt sich dennoch auch von dieser Seite eine wichtige Verschiedenheit zwischen wiederkehrenden Leistungen, welche selbstständiger Natur sind, und solchen, welche als Partialzahlungen auf ein Ganzes betrachtet werden müssen, in Ansehung des terminus a quo für versprochene Zinsen. Dieser terminus a quo ist bei Leistungen der ersten Art für jede Leistung ein besonderer;

wogegen bei Leistungen der letztern Art derselbe sogleich mit Begründung der Obligation für das Ganze eintritt. Eine wesentliche Verschiedenheit beider Arten wiederkehrender Leistungen muß ferner darein gesetzt werden, daß bei wiederkehrenden Leistungen, welche als Partialzahlungen auf ein Ganzes betrachtet werden, eine allmälige Verminderung der obligatio eintritt, die endlich mit der letzten Leistung gänzlich erlischt. Dies läßt sich von wiederkehrenden Leistungen, welche selbstständiger Natur sind, nicht sagen. In Ansehung von Leistung dieser Art, welche zugleich von unbestimmter Dauer sind, leuchtet dies von selbst ein. Aber auch, wenn man Leistungen derselben Art, welche nur einen bestimmten Zeitraum hindurch wiederkehren, mit wiederkehrenden Leistungen der ersten Art vergleicht, zeigt sich ein erheblicher Unterschied, in dem Fall, wenn zu Sicherstellung des Gläubigers Hypothek bestellt worden sein sollte. Bei Leistungen der ersten Art kann der Schuldner bei jeder Zahlung eines Termins Cassation der Hypothek auf Höhe der abgezahlten Summe verlangen; allein dies kann er nicht bei Leistungen der andern Art. Nimmt man endlich an, daß bei Leistungen der ersten Art die ganze Schuld auf einmal mit Berücksichtigung des interusurium gezahlt werden könne, so ergiebt sich ein anderweiter Unterschied zwischen beiden Arten wiederkehrender Leistungen; denn bei Leistungen der zweiten Art, selbst wenn sie nicht von unbestimmter Dauer wären, kann dem Schuldner ein solches Befugniß nicht zugestanden werden. — Ob bei wiederkehrenden Leistungen der zweiten Art eine einfache Obligation oder eine Mehrheit von Obligationen angenommen werde, ist ebenfalls nicht ohne practische Folgen. Denn bei diesen kann in Gemäßheit der Regel: utile per inutile non vitiatur, eine der verschiedenen Obligationen wegfallen, ohne daß den andern dadurch Eintrag geschiehet; l. 1. § 5. D. de V. O.

Was Leistungen betrifft, welche in faciendo bestehen und in gewissen Zeitabschnitten regelmäßig wiederkehren, so ist leicht einzusehen, daß dieselben auf keine Weise als Partialleistungen auf ein Ganzes betrachtet werden können, wie-

wohl im Allgemeinen schwerlich zu ermitteln sein dürfte, ob in einem Fall, in welchem dergleichen praestationes facti bedungen sind una oder plures obligationes vorliegen?

Bei dem obligatorischen Verhältniß, welches durch den Auszug gegeben wird, können nun sowohl Verpflichtungen, welche ununterbrochen fortdauern, wie wenn dem Auszügler ususfructus, usus, habitatio eingeräumt worden ist; als auch Leistungen, welche in jährlichen, monatlichen, wöchentlichen Zeitabschnitten, ja wohl täglich wiederkehren, vorkommen. Es werden aber Leistungen selbstständiger Natur gleichviel übrigens ob mit bestimmter oder unbestimmter Dauer vorausgesetzt. Daher ist es kein Auszug zu nennen, wenn ein Verkäufer rückständige Kaufgelder in Terminen zahlbar zu empfangen hat.

3) Diese Eigenschaft hat der Auszug insofern er eine servitus personalis, einen ususfructus, usus, habitatio in sich begreift, schon nach römischen Recht. Es läßt sich aber auch nicht bezweifeln, daß Leistungen anderer Art, die in dando oder faciendo bestehen, als onus reale auf ein Grundstück gelegt werden können. Zwar scheint nach der von Mittermaier Grundsätze des deutschen PrivatR. §. 1537. aufgestellten Theorie der Reallasten der Auszug eben so wenig als das sogenannte Witthum zu den Reallasten zu gehören, weil er, wenn schon wiederkehrende, doch keine ständigen Leistungen enthält. Allein es ist nicht abzusehen, warum nicht auch Reallasten für eine gewisse Zeit sollten bestellt werden können, wie der ususfructus, der doch gewiß als Reallast anzusehen ist. Vgl. Eichhorn a. a. O. §. 161. Ueber Reallasten und deren Eigenschaften, auf welche man in dem Verfolg der Abhandlung mehrmal zurückweisen wird, sind außer Mittermaier a. a. O. zu vergleichen, Eichhorn, deutsches Privatr. §. 160 ff. Schwarz, das Institut der Reallasten bei deutschen Bauergütern. Erlangen 1827. Excurse zu Curtius Handb. des sächs. Recht 3. Abth. S. 1 ff. Die ältern Rechtslehrer verkannten nicht, daß das Recht auf Auszug ein solches sey, welches gegen jeden Besitzer der Sache geltend gemacht werden kann. Aber sie

geriehen in große Verlegenheit, wenn es nun darauf ankam, diese Annahme in Ansehung der in dem Auszug begriffenen persönlichen Leistungen mit den Bestimmungen des gemeinen, d. h. römischen Rechts in Einklang zu bringen, welches Reallasten in dem Umfang, wie das deutsche Recht nicht kennt. Vgl. Wernher. diss. al. II. 1. Krause diss. l. II. 2. 3. Ziegler, ad ord. proc. sax. tit. XLII. und dazu Gottschalk disceptat. I. 29. Alle die Versuche, das römische Recht mit dem deutschen Institut in Uebereinstimmung zu bringen, mußten jedoch nothwendig scheitern. Der Vorbehalt bei Uebertragung des Eigenthums, auf welchen die meisten zurückkommen, reicht nach römischen Recht nicht hin, um jeden Besitzer der übertragenen Sache zu verpflichten; l. 81. §. 1. D. de cont. emt. Dies Gesetz glaubte man durch Unterscheidung eines auf die Person des Acquirenten bezogenen und eines allgemein geleisteten Versprechens beseitigen zu können. Allein ob ein Versprechen der letztern Art ein ius reale des Uebertragenden nach römischen Recht bewirken könne? das war eben die Frage, welche Kind II. qu. 71. aus erheblichen Gründen verneinet.

4) Dergleichen praestationes ex re sind es, auf welche der Name Auszugsprästationen am besten paßt. Nicht bei jeder Art des Auszugs, namentlich nicht bei dem, welcher in Sachsen vorkommt, sind solche Leistungen vorhanden. Da wo sie vorhanden sind, wird die Frage von Wichtigkeit; welchen Einfluß auf die Natur und den Umfang einer Verbindlichkeit der Umstand habe, daß für eine gewisse einfache und wiederkehrende Leistung die Quelle angewiesen worden ist, aus welcher die Leistung entnommen werden soll? Vgl. darüber Averanius, interpretat. II. 27., dessen Ansichten jedoch nicht überall für richtig angenommen werden können. Ob die Benutzung der Quelle, aus welcher eine Leistung angewiesen wird, etwas sey, was die obligatio des Verpflichteten näher bestimme; oder etwas unverbindliches, eine demonstratio, die blos die Eigenschaft eines guten Raths hat; l. 96. pr. D. de leg. 1. und hiermit unter die Bestimmungen der l. 7. D. de ann. leg. fällt; ist eine quaestio

facti, welche besonders in dem Fall, wenn, wie bei Legaten und Fideicommissen, die Bestimmung von einem dritten, dem Testirer, herrührt, vorkommt. Jenes angenommen, ist die Hauptfrage, in wiefern die Leistung gewähret werden müsse, wenn die angewiesene Quote nicht ergiebig genug ist, um jene Prästationen zu decken. In dem Fall, wenn von Leistungen aus den Erzeugnissen einer fruchtbringenden Sache die Rede ist, (bei welchem es wiederum quaestio facti ist, ob nicht etwa gar ein wirkliches ius ususfructus statt eines davon wesentlich verschiedenen ius percipiendi reditus bestellt worden sey? vgl. l. 20. 58. §. 1. D. de usufr. l. 38. 41. D. de usufr. leg.) hat der, welchem eine Quote der Nutzungen zukommt, alle Vortheile zu ziehen und Nachtheile zu übertragen, welche auf die Erzeugung der Früchte Einfluß haben. Er hat aber auch ein Recht des Widerspruchs gegen solche Unternehmungen des Eigenthümers, durch welche seine Quote geschmälert wird, was namentlich für den Fall von Wichtigkeit ist, wenn die Gewährung dieser Quote als wiederkehrende Leistung vorkommt und besonders bei der Lehre von den Zehenden geltend gemacht wird; vgl. auch l. 38 D. de usufr. leg. Ist eine pars quanta der Gegenstand der Leistungen, so wird die Frage: was Rechtens sei, wenn die wirklich gewonnenen Nutzungen und Einkünfte den Betrag der angewiesenen pars quanta nicht decken? von den Gesetzen, was wiederkehrende Leistungen anlanget, einstimmig dahin entschieden, daß das volle Quantum nur aus den angewiesenen Nutzungen gewährt werden müsse, so daß, wenn die Nutzungen eines bestimmten Jahrs nicht hinreichen, die jährliche Leistung zu decken, der Mangel aus dem Ueberschuß der folgenden Jahre (auch wohl der vergangenen Jahre, wenn von Naturallieferungen die Rede ist, und von den betreffenden Nutzungen des vergangenen Jahres ein angemessener Theil noch in natura vorhanden seyn sollte,) zu ergänzen ist. Vgl. l. 17. §. 1. D. de ann. leg. l. 13. D. de trist. vin. ol. leg., welche von Naturalprästationen sprechen; l. 12. D. qu. dies leg., welche von Geldprästationen, die nach den Einkünften

eines fundus sich richten, handelt. Dasselbe sagt l. 26 pr. D. qu. dies leg. ced. von dem Fall einer einfachen Leistung aus; allein l. 5. D. de trit. vin. ol. leg. weicht hier ab; sie spricht von einer Naturallieferung aus der fructibus fundi und nimmt an non amplius deberi, si minus natum esset; et quasi taxationis vicem obtinere haec verba, quod natum erit; wogegen die angef. l. 26 von einer aus den Einkünften zu leistenden Geldprästation handelt. Hieraus ergiebt sich, daß in dem Falle, wenn pars quanta aus den Einkünften einer fruchtbringenden Sache angewiesen sind, nicht blos, wie man gewöhnlich annimmt, zwei, sondern drei verschiedene Fälle unterschieden werden müßten; 1) der Fall einer bloßen unverbindlichen Demonstration; 2) der Fall, in welchem, wie in l. 5 D. de trit. vin. ol. die Anweisung der Quelle, taxationis caussa, erfolgt ist; 3) der Fall, von welchen die übrigen oben angeführten Gesetze handeln, so daß in jedem der beiden letzten Fällen, eine verbindende demonstratio, jedoch ein verschiedener Umfang der obligatio vorliegt. Diese Bestimmungen der Gesetze sind hier angeführt worden, weil in der Folge Gelegenheit sich finden wird, dieselben in der Materie des Auszugs anzuwenden.

5) Das, was in der vorhergehenden Note gesagt worden ist, setzt nicht gerade eine unbewegliche Sache, ein Grundstück, mit Nothwendigkeit voraus, obgleich in den angezogenen Gesetzen überall von den reditus fundi gehandelt wird. Auch läßt sich allerdings ein dem Auszug ähnliches Verhältniß bei beweglichen Sachen und selbst bei unkörperlichen Dingen denken; das erste z. B. bei einer Heerde, das letzte bei einem persönlichen oder dinglichen Benutzungsrecht. Allein abgesehen davon, daß dergleichen Fälle wohl nur selten vorkommen werden, so muß, wenn Auszug als onus reale Statt finden soll, immer ein Grundstück vorausgesetzt werden, welches hierbei unmittelbar afficirt wird.

6) In dieser Beziehung arsuret also das Recht des Auszüglers dem ususfructus, wenn gleich der Auszug überhaupt nicht als eine Art des ususfructus betrachtet werden kann, wie

manche ältere Rechtslehrer meinten; ferner dem Anspruch auf ein legatum annuum, l. 4. 8. 12. D. de ann. leg. l. 16. §. 1. D. de V. O. l. 20. 26. §. 2. D. qu. dies leg.; und dem contractus vitalitius, wenn der Gegenstand desselben eine persönliche Rente ist; vgl. Menken. syst. Pand. XXII. 1. §. 24.

7) Incertae aestimationis sind die Auszugsprästationen, theils überhaupt darum, weil sie wiederkehrende Leistungen sind, deren Dauer in der Regel nicht im Voraus zu bestimmen ist; theils was manche Leistungen insbesondere betrifft, darum, weil dieselben einen unbestimmten oder doch veränderlichen Werth haben. Jene Ungewißheit kann nur mit Hülfe der Wahrscheinlichkeitsrechnung beseitiget werden; vgl. die bekannte l. 68 D. ad l. Falcid. und dazu von Grolman und Löhr, Magazin für Rechtslehre und Gesetzgebung IV. 16. Daß nach jenem Gesetz die aestimatio des Auszugs erfolgen könne und müsse, ist die Meinung von Krause IV. 7. Klingner Beil. n. 224. Zachariae qu. XII. §. 7. c. I. Schreckenberger pr. Haubold dequant. laudem. recte compat. L. 1807. §. 9. Gottschalck I. 15. Andrer Meinung sind Moller. semestr. V. diff. 2. welcher l. 75. §. 3. C. de donat., wo für schenkungsweise hinterlassene reditus annui eine Dauer von 15 Jahren angenommen wird, angewendet wissen will; ingleichen Hommel obs. 741. Thierfeld §. 16. S. 30. und Anh. S. 114. welche an die Berechnung von Süßmilch in der Schrift, die göttliche Ordnung der Dinge in der Veränderung des menschlichen Geschlechts; sich halten. Biener. qu. 29. in opusc. II. S. 161., welcher die l. 68. wenigstens dann nicht für anwendbar hält, wenn Auszugsprästationen vermöge Contracts zu prästiren sind; in einem solchen Falle aber nicht einmal arbitrium iudicis für geeignet achtet, die Ungewißheit zu heben. Diese Ungewißheit zu heben bleibt nichts übrig, als auf Sachverständiger Ermessen zu recurriren, oder was Naturallieferungen betrifft, auf den Marktpreis, welcher aber, da er nicht zu allen Zeiten derselbe ist, vermittelst einer Durchschnitts-Rechnung festgestellt werden muß, als Norm anzunehmen, in sofern nicht etwa eine

gesetzliche Taxe für solche Prästationen vorhanden ist. Vgl. Gottschalk a. a. O., welcher für Sachsen auf die für die Kammergüter auf die sogenannte Kammertaxe und zwar die neuere, verweiset. Ein andres Anhalten zu Bestimmung des Werths von Naturalprästationen dürfte das Ablösungs-Gesetz vom 17. März 1832. GS. n. 17. §. 91—98. gewähren. Die Möglichkeit, auf solche Weise den Werth der Auszugsprästationen zu ermitteln, giebt natürlich weder dem Berechtigten noch dem Verpflichteten ein Befugniß, statt des Auszugs oder einzelner in demselben enthaltener Prästationen, den Werth in Gelde zu fordern. Vielmehr ist das Dasein besonderer Umstände, von denen in der Folge die Rede sein wird, erforderlich, wenn eine Würderung des Auszugs Statt haben sollte.

8) Daher die Nothwendigkeit bei dem Verkauf des mit einem Auszug belasteten Grundstücks das Dasein des Auszugs anzuzeigen. l. 1. §. 1. l. 6. §. ull. l. 13. §. 1. 39. D. de A. E. V. l. 61. D. de aed. ed. l. 69. §. 5. D. de evict. Vgl. Curtius Handb. III. §. 1287. not. p. und die daselbst angef. Rechtslehrer. Der Käufer, dem der Auszug verschwiegen worden ist, kann Verminderung des Preises fordern; d. l. 61. D. de aed. ed.; und hier ist ein Fall, in welchem eine Würderung des Auszugs erfolgen muß. Thierfeld §. 11. Doch läßt sich namentlich bei dem Auszug auch ein Recht des Käufers vertheidigen, Aufhebung des Handels zu verlangen; theils überhaupt, weil die Abschätzung des Auszugs nur einen ohngefähren Werth angiebt; theils insbesondere dann, wenn besonders lästige Leistungen in dem Auszug enthalten sein sollten. Was den Fall der Subhastation betrifft, so nimmt man an, daß dieselbe nichtig sey, wenn der auf dem Grundstück haftende Auszug verschwiegen worden ist; vgl. was Sachsen betrifft, Griebner zur E. P. O. XXXIX. 11. d. 339. Biener qu. XXIII. in fin., wogegen nach dem Urthel bei Rivin XLII. 37. dem Käufer blos eine Klage auf id quod interest zugebilliget zu werden scheint. Allerdings sagen die Gesetze, welche Erwähnung des Auszugs in dem Subhastationspatent

vorschreiben, E. P. O. XXXIX. 11. Mand. v. 28. Febr. 1726. c. a. c. I. 1. D. 275. nicht, daß wegen Nichtbefolgen dieser Vorschrift die Subhastation ungültig sey. Nur ein für die Niederlausitz erlassenes Mandat vom 20. April 1747. §. 1. C. II. I. I. 3. S. 336. (das aber nicht ohne Weiteres auf die Erblande anzuwenden ist, vgl. Decret von 17. Febr. 1827. G.S. n. 10.) enthält eine solche Bestimmung. Die E. P. O. a. a. O. bestimmt sogar: „daß „die onera realia und Auszüge nur um bessere Nachricht willen, damit der Licitant sich deswegen weiter „erkundigen könne, und ohne daß der Richter oder der Concurs deshalb zu einer Vertretung verbunden sey, angegeben „werden sollen." Allein aus dieser Bestimmung folgt blos, daß dem Subhastationspatent nicht eine detaillirte Angabe des Auszugs beigegeben zu werden braucht. Nicht wie Klingner §. 192. meint, daß Verschweigung des Auszugs, welche für den Licitanten die Veranlassung zu einer nähern Erkundigung aufheben würde, völlig unschädlich sey. Dies vorausgesetzt, muß aber der Umstand, daß ein bestimmter Werth des Auszugs sich nicht ermitteln läßt, unter welchem der Käufer nicht leiden kann, als hinreichend gelten, die unter gänzlicher Verschweigung des Auszugs unternommene Subhastation für nöthig zu erklären.

§. 2.

Außer Sachsen kommt der Auszug in mehrern deutschen Staaten bei bäuerlichen in dem sogenannten Colonatsverhältniß befindlichen Grundstücken als ein gesetzliches, von der Willkühr der Interessenten in mehr als einer Hinsicht unabhängiges Institut vor [1]). Er wird nach den Kräften des Guts bestellet für den bisherigen Colonus, in dem Fall der Abtretung des Guts an den Anerben, welche nicht nur der Grundherr selbst, sondern auch der Grundherr fordern kann [2]), und erscheinet dann als eine Art von Vergeltung, für die zu dem Besten des Guts gemachten Ver-

wendungen, welche sowohl den Colonus selbst, als auch dessen Wittwe, deren Einbringen in das Gut verwendet worden ist, bisweilen auch unvermögenden Kindern gereicht wird und allerdings Sicherung der Subsistenz dieser Personen bezweckt [3]). Er kommt aber auch in dem Fall der sogenannten Interims-Wirthschaft, theils für den zur eignen Bewirthschaftung, namentlich des Alters wegen noch nicht fähigen Anerben, theils für den Interimswirth, nachdem dieser jenem die Wirthschaft abgetreten hat, vor [4]).

1) Es liegt nicht in dem Plan der gegenwärtigen Schrift, eine Darstellung dieser Art des Auszugs zu liefern, welche nicht geliefert werden könnte, ohne eine Auseinandersetzung des Verhältnisses, mit welchem derselbe zusammenhängt, des sogenannten Colonats. Es gnüge zu bemerken, daß das letztere Verhältniß bei bäuerlichen Grundstücken vorkommt, welche nicht in dominio pleno des jedesmaligen Besitzers sind, gleichwohl aber auf die Descendenten desselben, Kraft der ersten Verleihung vererbt werden. Im übrigen verweisen wir auf das Rundesche Werk. Diese Art des Auszugs ist allerdings als ein ursprünglich deutsches Institut, ein ius singulare des Bauernstandes anzusehen, was von dem in Sachsen vorkommenden Auszug sich nicht sagen läßt.

2) Der Colonus selbst kann verlangen, daß die Wirthschaft des Grundstücks gegen Gewährung des Auszugs ihm abgenommen werde, wenn er nicht mehr fähig ist, die Wirthschaft fortzuführen; aber in demselben Fall kann auch zwar nicht der zur Succession in dem Colonat berechtigte Erbe, wohl aber der Grundherr Abtretung der Wirthschaft an den Anerben gegen Bestellung eines Auszugs fordern; Runde II. §. 6. 13. 15. Der nächste Erbe im Colonat ist in solchem Falle gehalten, die Wirthschaft gegen Bestellung eines Auszugs zu übernehmen, insofern es nicht in seiner Willkühr steht, von dem Unterthanenverband beliebig sich loszumachen. Auf der andern Seite kann der Grundherr die Bestellung eines Auszugs hindern, so lange der Colonus noch im Stande

ist, die Wirthschaft fortzuführen. Ueberhaupt aber concurriret derselbe bei Bestellung des Auszugs insofern, als er das Recht hat, zu verhindern, daß der zu bestellende Auszug die Kräfte des Guts nicht übersteige. Runde II. 69. 73. Außerdem kann der Grundherr verhindern, daß ein Auszug dem bestellt werde, welcher durch üble Wirthschaft das Gut deterioriret hat. Runde II. §. 64. 65. Aus allen diesen wird es klar, was in dem §. gesagt worden ist, daß der bei dem Colonat vorkommende Auszug in mehr als einer Hinsicht von der Willkühr der Partheien unabhängig sey.

3) Diese Art des Auszugs hat also die Natur der Alimente. Vgl. Runde I. 2. II. 27. Man nimmt an, daß ein Anspruch auf solche Alimente für den Colonus selbst schon dann begründet sey, wenn er seine körperlichen Kräfte für die Bewirthschaftung des Guts in der gehörigen Maaße verwendet hat. Ingleichen für die Wittwe, wenn ihr zugebrachtes Vermögen in das Grundstück verwendet worden ist. Runde II. 18. Ob und in wieweit den Kindern des Colonus ein Anspruch auf Versorgung aus dem Colonat gebühre, ist im Allgemeinen nicht bestimmt. Die meisten particularrechtlichen Verordnungen gestehen einen solchen Anspruch nur solchen Kindern des Colonus zu, welche gebrechlich und zur Arbeit untüchtig sind und ein Recht, Abfindung aus dem Colonat zu fordern, haben. Runde II. 20. Dieser Anspruch auf Alimente ist aber kein unbedingter, sondern er ist, wie bereits not. 2. erwähnt ward, beschränkt durch den Ertrag des Grundstücks.

4) Vgl. Runde II. 19. und vornemlich desselben Lehre von der Interims-Wirthschaft. Göttingen 1796. neue Ausg. 1832.; und das. was den Auszug des Interimswirths betrifft, §. 23. 79.

§. 3.

Der Auszug, wie er in dem Königreiche Sachsen und andern Ländern, wo es kein dem Colonat ähnliches Verhältniß giebt [1]), vorkommt, erscheinet überall als Sache

der Willkühr dessen, dem der Auszug stipuliret worden ist, und dessen, der zur Verabreichung des Auszugs verpflichtet wird, wenn nicht etwa besondere Gründe den letztern nöthigen, eine solche Verpflichtung über sich zu nehmen [2]). Daher sind manche Bestimmungen, welche für den als gesetzliches, auf dem Colonatverhältniß gegründetes Institut vollkommen gültig erscheinen, hier nicht anwendbar [3]). Doch hat dieser conventionelle Auszug mit dem auf dem Colonat gegründeten das gemein, daß er als **onus reale** erscheint [4]). Der Auszug in dieser Gestalt kommt namentlich nicht blos bei Bauergütern [5]) vor; und die Rechte und Verbindlichkeiten, welche diese Art des Auszugs betreffen, werden nach gemeinschaftlichen Vorschriften über Verträge und letztwillige Verordnungen beurtheilt [6]), sind auch keineswegs als **ius singulare** des Bauernstandes anzusehen [7]). Eine bestimmtere Bedeutung erhält diese Art des Auszugs, welchen wir der Kürze halber mit dem Namen des conventionellen bezeichnen wollen, dadurch, daß man denselben als bestellt zum Zweck der Versorgung dessen, dem er bestellt ist, ansieht und darum den darunter begriffenen Leistungen die Eigenschaft der Alimente beilegt [8]).

1) Die Güter der Bauern in den sächsischen Erblanden sind entweder in dominio pleno, oder doch in dominio utili. Zu den erstern gehören die Freigüter und sogenannten schlechten Zinsgüter; zu den letztern die Erbzinsgüter, bei denen aber nicht immer die Grundsätze der römischen emphyteusis in Anwendung kommen, und die Bauerlehne Vgl. Kind II. 1. Eichhorn d. P. R. §. 252. 258. Mittermaier d. P. R. §. 156. 435. Haubold Handb. §. 459. 461. Curtius Handb. I. §. 277. 278. §. 613 ff. Laßgüter kommen selten und in der Art, daß ein Gut als ökonomisches Ganze betrachtet, diese Eigenschaft habe, wohl nie vor. Nur in der Lausitz bietet etwas dem Colonat ähnliches die

hin und wieder noch vorkommende Leibeigenschaft dar; vgl. I. G. Fleck, de origine et indole hom. proprior. in primis in utraque Lusatia. L. 1792. v. Römer, Staatsr. III. 2. 7. §. 27. S. 207 ff.

2) Wie z. B. in dem Fall, wenn der Auszug durch letztwillige Verfügungen bestellt worden seyn sollte, Erbschaftsantritt, Agnition eines Legats.

3) Der Unterschied zwischen Auszug als einem auf dem Colonat gegründeten gesetzlichen Institut, und Auszug als eine Sache der freien Vereinigung ist im Allgemeinen und in seinen einzelnen Folgen leicht zu erkennen. Wir heben nur Folgendes hervor: A) Die natura alimentorum, welche die bei dem gesetzlichen Auszug vorkommenden Prästationen haben, ist bei dem conventionellen Auszug nicht ohne Weiteres als die vorherrschende anzunehmen; vielmehr kommt hierbei theils das persönliche Verhältniß des Auszüglers, theils und vornehmlich die Beschaffenheit der Leistung in Betracht. B) Da wo der Auszug als Sache der freien Vereinigung unter den Contrahenten erscheinet, hat in der Regel kein Dritter das Recht der Bestellung des Auszugs zu widersprechen, wie dies bei dem auf dem Colonat gegründeten Auszug dem Grundherrn zusteht. Was man von Bestimmungen anführt, welche auch in Sachsen die Bestellung eines Auszugs hindern, gehört entweder gar nicht hierher, oder ist doch nur mit großer Beschränkung anzunehmen. Dies gilt namentlich, wenn man die Bestimmungen über Militärpflicht als Hinderniß des Auszugsvertrags ansieht. Denn hier ist es nicht die Bestellung des Auszugs, welchen der Acquirent eines Grundstücks dem Veräußerndem einräumt, sondern der Erwerb des Grundstücks überhaupt, welche das gesetzliche Verbot trifft; und die Verabredung über Bestellung eines Auszugs kann höchstens den Umständen nach als Argument für das Daseyn eines Scheingeschäfts benutzt werden. Eben so wenig steht der Bestellung eines Auszugs das Recht, welches ein Dritter an dem in Frage stehenden Grundstück hat, mag nun dasselbe als Pfandrecht oder als ein Recht erscheinen, welchem ein onus reale des Grundstücks entspricht,

in der Regel entgegen; denn diesem früher begründeten Recht wird durch die spätere Bestellung eines Auszugs nicht präjudiciret. Nur wenn jenes frühere Recht ebenfalls ein Auszug, oder eine servitus, namentlich usus, ususfructus habitatio wäre, wird die Bestellung des spätern Auszugs insofern beschränkt, als dem spätern Auszügler kein Recht an einer Sache eingeräumt werden kann, welche dem frühern Berechtigten ausschließlich zum Gebrauch oder zur Benutzung überlassen worden ist. Alles dies ist vollkommen klar, wenn der Auszug auf Grundstücke bestellt werden soll, welche keine Bauergüter sind. Allein auch bei Bauergütern muß dasselbe angenommen werden. Die Fürsorge, welche der Staat anzuwenden hat, damit die Landwirthschaft durch den Bauernstand gehörig betrieben werde, erstreckt sich nicht so weit, die Dispositionsbefugnisse der Bauern über ihre Grundstücke zu hindern. Die Beschränkung, welche in dieser Hinsicht das Mand. v. 25. April 1623. C. A. II. S. 11. nebst einigen andern Gesetzen feststellte, trifft ebenfalls nur Veräußerung und Erwerb eines Bauerguts überhaupt, nicht gerade die Bestellung eines Auszugs, und ist durch das Mand. vom 14. Septbr. 1822. G.S. n. 55. aufgehoben; vgl. Curtius Handb. I. §. 275. und dazu Exeurse III. Abtheil. S. 158 ff. Der Erbherr, welcher Zinsen oder Frohnen zu fordern berechtigt ist, könnte nur in sofern der Bestellung des Auszugs widersprechen, als dadurch seinem Recht ein wirklich nachzuweisender, nicht blos zu befürchtender Eintrag geschähe. Dieß läßt sich denken, namentlich in dem Fall, wenn der Bauer das Grundstück einem seiner zum Dienstzwang oder Zwangdienst verpflichteten Kinder abträte, allein auch hier ist es nicht die Bestellung des Auszugs, sondern die Abtretung des Grundstücks, welche angefochten werden könnte; nicht zu gedenken, daß nach dem Ablösungsgesetz vom 17. März 1832. §. 53. (GS. n. 17.) der Dienstzwang bereits aufgehört hat und der Zwangdienst mit Eintritt des Jahres 1836. aufhören wird. — Endlich kann auch der, welchem ein Vorkaufs- oder Retractsrecht hinsichtlich des in Frage stehenden Grundstücks zukommt,

zunächst nur die Veräußerung, nicht die Bestellung des Auszugs anfechten. Mehr über diesen Punkt unten. C) Auch das Verhältniß, in welchem der Betrag der Auszugsprästationen zu dem Ertrag des Grundstücks steht, wird bei dem conventionellen Auszug nicht in dem Grade betrachtet, wie bei dem Auszug als gesetzlichen Institut. Denn da wo Bestellung und Uebernahme allein Sache der Willkühr ist, giebt es im Allgemeinen keinen Grund, welcher hinderte, an Auszugsprästationen mehr zu versprechen, als eigentlich das belastete Grundstück zu ertragen vermag. Eben deshalb kann es auch bei dem conventionellen Auszug in der Regel kein Recht des Verpflichteten geben, Verminderung oder Moderation des bestellten Auszugs zu verlangen. Kann aber nicht in dem Interesse des Staats, oder des Zins und Frohnberechtigten Moderation des bestellten Auszugs darum gefordert werden, weil sich ergiebt, daß nach Bestellung des Auszugs dem Besitzer des verpflichteten Guts unmöglich gemacht werde, das Grundstück gehörig zu verrechten? Mehrere behaupten dies in Ansehung des auf Bauergütern bestellten Auszugs; wie z. B. Klingner §. 189., Thierfeld §. 10. Man beruft sich deshalb auf den Befehl vom 12. Juli 1681. C. A. II. p. 26. Allein mit diesem Gesetz beweiset man auf der einen Seite zu wenig, auf der andern zu viel. Zu wenig, denn der Befehl bezieht sich blos auf Amtsunterthanen; zu viel; denn es läßt die Veräusserung der Grundstücke von Amtsunterthanen wegen Alters und Unvermögens des Besitzers; jedoch mit keinem Auszug, weil dadurch die Güter allzusehr geschwächt werden, zu. Diese letztere Bestimmung des Gesetzes ist in ihrem ganzen Umfang wohl nie zur Ausübung gekommen, wenigstens nur kurze Zeit beobachtet worden, da schon ein Mand. vom 27. Jun. 1709. C. A. I. S. 1755 des Auszugs bei dem Verkauf von Bauergütern und zwar selbst solcher, welche unter Amtsjurisdiction liegen, als etwas Erlaubtes gedenkt; vgl. Wernher I. §. 4. Biener. qu. 29. Indeß hat gleichwohl Klingner a. a. O. auf den Befehl von 1681 sich berufen, um darzuthun, daß

wenigstens ein Auszug, der die Kräfte des Guts übersteigt, verhindert werden könne. Dieselbe Ansicht findet sich auch bei Kind II. qu. 5. p. 36. Allein selbst das, daß die ohnehin nur beiläufig erfolgte Aeußerung des Gesetzes überall als Richtschnur gedient habe, wird sich nicht nachweisen lassen. Vielmehr liefert das Reser. vom 17. Aug. 1796. C. A. C. II. 1. S. 1098. den Beweis des Gegentheils, indem dasselbe von Neuem das Verbot ausspricht, nicht zu gestatten, daß bei Abtretung von Gütern allzustarker, die Kräfte des Grundstücks übersteigender Auszug bestellt werde, in zweifelhaften Fällen aber Bericht zu erstatten. Eine ähnliche Bestimmung findet sich im preuß. Landr. I. 11. §. 604. Das sächs. Gesetz bezieht sich zwar ebenfalls nur auf Bauergüter in unmittelbaren Amtsortschaften, allein es erwähnt im Eingange als Veranlassung das Interesse des Nahrungsstandes und der Landwirthschaft, dahero in demselben nicht eine besondere Begünstigung des fiscus angenommen werden kann, wie man dies in Ansehung des frühern Gesetzes anzunehmen geneigt sein könnte.

4) Ueber den auf den Colonat gegründeten Auszug vgl. Runde II. §. 34. 35. Daß diese Art des Auszugs die Eigenschaft eines onus reale habe, erscheinet einleuchtend genug, wenn man erwägt, daß derselbe als Aequivalent für die zu dem Besten des Guts gemachten Verwendungen gegeben wird. Uebrigens ist zu bemerken, daß die ältern Rechtslehrer in allen Fällen, in welchen gleichförmig wiederkehrende Leistungen aus einem Grundstück zu gewähren waren, annehmen, es gehe nicht nur die Verpflichtung zu solchen Leistungen auf jeden Besitzer des Grundstücks über, sondern es finde auch wegen solcher Leistungen eine Legalhypothek an dem Grundstück Statt. H. Pistor. obs. 69. Carpz. p. I. c. 28. def. 54. 55. u. resp. V. 98. C. P. Richter de privil. credd. I. 2. membr. 6. n. 24. Die A. P. O. XLII. erklärte auch solche annuas praestationes, welche vermöge eines contractus vitalitius von wiederkäuflichen Hauptstämmen zu prästiren waren, für onera realia und wieß ihnen im Concurs eine Priorität, welche schon die consultat. sax.

tom. I. p. 3. qu. 7. n. 48. bei Mindan. I. 8. angenommen hatten, in cl. I. an. Vgl. Rivin. Enunc. XLII. 37. L. Menken. process. XLII. 19. Martini commentar. for. XLII. 93. Berger. E. D. F. XLII. obs. 11. Obgleich die P. O. allgemein spricht, so ist sie doch nach der Ansicht der angef. Rechtslehrer auf annuas praestationes ex fundo debitas zu beschränken, in dieser Beschränkung aber nicht blos von Zinsen wiederkäuflicher, sondern auch von Zinsen unablöglicher Hauptstämme (wobei natürlich immer die Person des Rentenverkäufers zu berücksichtigen ist) zu verstehen. Die E. P. O. XLII. 8. hat die Disposition der A. P. O. in sofern verändert, als a) wegen derselben ein ius reale (unter welchem übrigens nicht blos ius pignoris verstanden zu werden braucht) nur in sofern Statt findet, als es gerichtlich constituiret und consentiret worden ist; b) die rückständigen Zinsen blos unter den übrigen Hypotheken nach Ordnung der Zeit rangiren. Von andern Arten der annuae praestationes spricht die E. P. O. nicht, vielmehr erwähnt sie, wie die A. P. O. den Zehend unter den vor allen andern Gläubigern zu befriedigenden Reallasten, nachdem sie bereits ad tit. XXXIX. §. 11. vorgeschrieben hatte, daß bei Subhastationen in dem Subhastations-Patent die onera realia, welche durch die Subhastation nicht expiriren, sowohl die servitutes und Auszüge angezeigt werden sollen. In dieser letztern Stelle werden nun zwar weder der Auszug noch die Servituten unter dem Gattungsbegriff onus reale subsumirt. Allein das Mand. vom 28. Febr. 1726. C. A. C. I. 1. S. 275., welches als arthentische Interpretation der erwähnten Stelle angesehen werden muß, zählt die servitutes unter die onera realia, welche per subhastationem nicht expiriren, und setzt diesen den Auszug gleich. Ueber Veranlassung des letztern Gesetzes vgl. Biener. qu. 23. 24. Gottschalk. disc. I. 29. S. 308. III. 19. not. a.; daß vor diesem Gesetz man den Auszug nicht immer als onus reale betrachtete, beweiset das Urthel bei Klingner a. a. O. Beil. 221.

5) Also namentlich bei städtischen Grundstücken, wenn schon häufiger in kleinen als in großen Städten; vgl. auch Klingner a. a. O. Beil. 215. bei Rittergütern, Gottschalk. disc. II. 22. not. a. (Anders nach preuß. Landr. I. 11. §. 602.) Auch läßt sich ein Auszug als onus reale auf Grundstücken denken, welche kein ökonomisches Ganze bilden, z. B. auf einzelnen Feldstücken, nur daß in solchem Falle nicht alle sonst mögliche Auszugs praestanda vorkommen können.

6) Außer den allgemeinen Bestimmungen über Verträge und letzten Willen, gehören hierher besonders die Bestimmungen des gem. Rechts über ususfructus, usus, habitatio, der Titul der Pandecten über legata annua, in Verbindung mit den Bestimmungen über annuas praestationes bei Stipulationen in dem tit. de verborum obligationibus. Ferner die aus einer Verschmelzung römischer und deutscher Rechtssätze durch die Praxis herausgefundenen Bestimmungen über Reallasten.

7) Wie dies namentlich geschiehet von Curtius Handb. I. §. 280. Haubold Handb. d. S. P. R. §. 462.

8. Von diesem Gesichtspunct aus haben die meisten ältern und neuern Juristen selbst den Auszug betrachtet, der nicht auf dem Colonat beruhet. Wernher. disc. I. III. 2. Kraus. I. 4. VI. 11. Danz, d. P. R. §. 422. a. Krüll, Prüfung einzelner Theile des Rechts. 4. Bd. n. 2. §. 5. Zachariae quaest. XXI. §. 1. Waldeck, Controversen Entscheid. des gemeinsch. Oberapp. Gerichts des Herzogth. Braunschweig ꝛc. 1. Th. Braunschweig, 1827. n. 15. S. 273. Eben diese Ansicht hat der Schöppenstuhl zu Leipzig zu der seinigen gemacht. Dagegen Hagemann, Erört. VI. 51. Es dürfte allerdings im Allgemeinen kaum erweißlich seyn, daß der conventionelle Auszug überall die Natur der Alimente habe. Inzwischen ist man gleichwohl berechtiget, aus den Umständen eine solche Eigenschaft desselben zu folgern. Außer der ausdrücklichen Erklärung der Interessenten gehört dahin der Fall, wenn a) unter dem

Auszug Naturalprästationen enthalten sind, welche ad alimenta gehören. Kost, Wohnung, Pflege haben immer die Eigenschaft der Alimente; eben so Prästationen von Sachen, welche ad victum gehören. Wenn dagegen außer Kost, Pflege und Wohnung andere Prästationen bestimmt sind, so bleibt es zweifelhaft, ob auch diese letztern aus dem Gesichtspunct der Alimente betrachtet werden können. b) Wenn der, welchem der Auszug bestellt wird, nichts weiter im Vermögen hat oder behielt. Dies ist besonders anwendbar in dem Falle des Auszugs, welchen der Eigenthümer bei der Abtretung seines Grundstücks sich vorbehält; namentlich aber dann, wenn Personen aus dem Bauernstande auf diese Weise ihr Grundstück andern überlassen. Der Umstand, daß der Auszug die Natur der Alimente hat, ist von mancherlei Einfluß auf das hier in Frage kommende rechtliche Verhältniß. Er kann sowohl die Befugnisse des Auszüglers beschränken, als auch dessen Forderungsrecht in gewisser Maße begünstigen. Davon ein Mehreres in dem Verfolg der Abhandlung. Uebrigens kann auch die Witwenversorgung, welche im deutschen Recht mit dem Namen dotalitium, vidualitium bezeichnet wird, in Emolumenten bestehen, wie sie bei dem Auszug gewöhnlich vorzukommen pflegen. Und wirklich werden in den deutschen Rechtsbüchern die Emolumente, welche eine Witwe aus dem Nachlaß ihres Ehemanns empfängt, mit dem Namen Leibzucht bezeichnet. Vgl. Sachsenssp. I. 21. 32. 45. II. 21. III. 75. 76.

§. 4.

Die Bestellung des Auszugs, welcher nicht, wie der auf dem Colonat gegründete, auf gesetzlichen Bestimmungen beruhet, kann durch Vertrag oder letzten Willen erfolgen. Das Recht, auf diese Weise einen Auszug zu bestellen, ist abgesehen von den allgemeinen Erfordernissen für dergleichen Art von Verfügung auf Seiten des Vorbehaltenden bedingt durch das Eigenthum [1]) an dem Grund-

stück, welches mit der Last des Auszugs belegt werden soll, dergestalt, daß Gründe, welche dieses Eigenthum beschränken, auch die Bestellung des Auszugs hindern können. [2]) Bei jeder der verschiedenen Arten einen Auszug zu bestellen, kann das Recht des Auszugs durch die auch sonst gewöhnlichen Nebenbestimmungen modificiret werden [3]), vorzüglich wichtig ist auch in Ansehung beider Arten der Bestellung des Auszugs der Unterschied zwischen reservirten u. constit. Auszug [4]). Reservation des Auszugs, die zu Gunsten sowohl des Vorbehaltenden als eines Dritten geschehen [5]) kann, wird namentlich in Sachsen als geeignet, den Auszug als **ius reale** zu begründen, angesehen [6]), während man bezweifelt, daß Auszug mit der Wirkung eines Realrechts constituiret werden könne [7]). Verjährung wird in diesem Verhältniß, wenn auch, besonders nach der Ausdehnung, in welcher die Praxis Verjährung als Erwerbsmittel anzusehen pflegt, nicht gerade undenkbar erscheinen [8]), gleichwohl aber nur selten und in beschränkter Maße vorkommen. Eben das gilt von Bestellung des Auszugs durch Adjudication des Richters [9]).

1) Wer also an einem Grundstück ein bloßes Benutzungsrecht hat, wie der usufructuarius, oder gar nur ein bloßer Pachter, kann nie einen Auszug, der die Wirkung eines onus reale hätte, bestellen; l. 13. §. 4., l. 44. 61. D. de usufr. wenn ihm gleich gestattet seyn kann, sein Recht auf einen andern unter dem Vorbehalt von Emolumenten, wie sie bei dem Auszug vorkommen, zu übertragen, l. 12. §. 2. D. de usufr. Ein wiederrufliches Eigenthum oder ein sogenanntes dominium utile hindert nicht, einen Auszug zu bestellen, in sofern nicht durch Gesetz oder Vertrag einem Dritten, bei letztern dem dominus directus, ein Recht, Veräußerungen zu verhindern, zusteht. Natürlich ist aber in einem solchen Fall die Dauer des Auszugs durch die Regel beschränkt, resoluto iure dantis, resolvitur ius acci-

pientis. Vgl. l. 11. §. 1. D. quemadm. serv. am. l. 105. D. de C. et D.

2) Ein Recht, Veräußerung und also auch Belastung des Grundstücks mit einem onus reale, dem Auszug, zu verhindern, stehet nach l. ult. C. de iure emphyt. bei der römischen emphyteusis dem dominus directus zu. Bei Lehngütern ist zwar Veräußerung des Lehnguts ebenfalls an die Einwilligung des Lehnsherrn gebunden; indessen kann nach gemeinen Lehnrecht die von dem Vasallen ausgegangene constitutio servitutis Wirksamkeit gegen den Vasall, wenn schon nicht gegen die Agnaten und den Lehnsherrn äußern. II. F. 8. pr. Vgl. Zachariä sächs. Lehnrecht §. 141. Ein anderes dingliche Recht, welches einem Dritten an dem Grundstück zusteht, wie z. B. das Pfandrecht, würde kein Befugniß, Veräußerung zu verhindern, und also auch kein Recht der Bestellung des Auszugs zu widersprechen geben. Dasselbe muß von dem einem Dritten zustehenden Vorkaufs oder Retractsrechts gelten. Denn wenn man auch annimmt, daß der Besitzer des dem Vorkauf oder Retract unterworfenen Grundstücks dasselbe nicht auf eine Weise belasten könne, welche die Ausübung des Vorkaufs oder Retracts erschwert was jedoch im Allgemeinen schwerlich durchzuführen seyn dürfte, so würde doch dies nicht hindern, daß der Auszug so lange bestehe, als der Fall, das Vorkauf oder Retractsrecht geltend zu machen, noch nicht wirklich eingetreten ist. Ein früherer Widerspruch würde, da der Auszug nicht eine dauernde Last ist, in den meisten Fällen nur als gravamen de futuro erscheinen. Ob übrigens bei einer Veräußerung mit Vorbehalt des Auszugs, Vorkaufs und Retractsrecht geltend gemacht werden könne, ist eine Frage, von welcher unten die Rede seyn wird.

3) Die tägliche Erfahrung lehrt, daß ein Auszug ex die und in diem, mit und ohne Bedingung, welche sowohl suspensiver als resolutiver Natur seyn kann, bestellt wird. Für einen modus würde es zu achten seyn, wenn der Bestellung des Auszugs die Bestimmung: daß derselbe zur Subsistenz

des Auszüglers verabreicht werden solle, beigefügt würde. Als Nebenbestimmung können auch die Mittel, welche Sicherheit des zu bestellenden Rechts bezwecken, vorkommen. Beispiele solcher Sicherheitsbestellung kommen vor l. 12. D. de alim. leg. l. 9. 21. §. 4. D. de ann. leg. Diese Gesetze, aus welchen hervorgehet, daß Sicherheitsbestellung nur gefordert werden konnte, wenn sie ausbedungen oder zugesagt worden war, beweisen die Unhaltbarkeit der bereits erwähnten durch die Praxis gebildeten Meinung einer tacita hypotheca wegen des Rückstandes solcher Leistungen, wenigstens in dem Fall der Bestellung durch letztwillige Verfügung. Es fragt sich aber, ob noch h. z. T. wegen solcher Prästationen, wenn sie wie der Auszug die Eigenschaften eines onus reale haben, was nach röm. Recht nicht der Fall war, es solcher Sicherheitsmaßregeln bedürfe? Gewiß nicht, wenn dergleichen Prästationen überhaupt schon ein stillschweigendes Unterpfandsrecht oder Vorzugsrecht vor andern Forderungen zustände! Da dies aber im Allgemeinen sich nicht behaupten läßt, Eichhorn a. a. O. §. 166. Mittermayer a. a. O. §. 154., so läßt sich nach gem. Recht die Nützlichkeit solcher Sicherheitsmaßregeln bei dem Auszug nicht bestreiten. In Sachsen sind nun zwar die Prästationen, welche als onera realia angesehen werden, mit Ausnahme der Zinsen wiederkäuflicher Stämme dergestalt privilegiiret, daß sie im Concurs in die erste Classe gehören, wovon weiter unten die Rede sein wird. Demohnerachtet hat aber auch ein wegen der Auszugsprästationen bestelltes Unterpfandsrecht seinen guten Nutzen; wie Gottschalk disc. III. 19. zeigt. Denn wenn ein solches Unterpfand bestellt ist, so behalten auch die seit länger als 5 Jahren in Rückstand gebliebenen Prästationen ein Vorzugsrecht, und Zinsen davon werden in dieselbe Classe mit dem Hauptstamm locirt. Dies vorausgesetzt, würde es irrig seyn, anzunehmen, daß durch den Vorbehalt eines Pfandrechts an der eigenthümlichen Natur des Auszugs als onus reale etwas geändert werde, der Auszug gänzlich aufhöre onus reale zu seyn, und bloß als eine hypothekarisch versicherte

Forderung gelte. Denn indem man sich ein Pfandrecht deshalb vorbehält, so ist dies nicht für ein Aufgeben des schon durch das Gesetz bestimmten Rechts, sondern als Ergänzung desselben für Verhältnisse, in welchen dasselbe keine vollkommene Sicherheit gewähret, anzusehen.

1) Jedes Recht an Sachen und namentlich an einem Grundstück entsteht entweder durch Vorbehalt, welchen der Eigenthümer bei der Uebertragung seines Eigenthums stipulirt, l. 48. D. de pact., oder außer diesem Fall durch einen besondern Act der Bestellung. Daher jura reservata und constituta. So kann schon nach römischen Recht usus fructus und habitatio entstehen sowohl, wenn ein Grundstück, deducto usufructu; excepta habitatione, übertragen wird, l. 3. pr. l. 32. 36. §. 1. D. de usufr. l. 3. D. de usufr. acer. l. 26. pr. D. de usufr. leg. l. 21. §. 6. D. de A. E. V. l. 38. §. 10. 11. 12. l. 75. §. 3. D. de V. O. §. 1. I. de usufr. §. 5. I. de usu et hab. Bei den Grundzinsen des deutschen Rechts ist der Unterschied zwischen census reservatus et constitutus bekannt genug. Vgl. Eichhorn d. P. R. §. 252. Mittermaier d. P. R. §. 155.—160. Curtius Handb. III. §. 1323. Eben so unterscheidet man in Ansehung des Pfandrechts zwischen einem vorbehaltenen und constituirten Pfandrecht, über welches vornemlich zu vergleichen Gottschalk l. disc. 25. Der practische Unterschied zwischen reservatio und constitutio des Rechts an einer Sache beruhet nun im Allgemeinen allerdings darauf, daß man den erstern für kräftiger und wirksamer zu Begründung eines eigentlich dinglichen die Sache selbst afficirenden Rechts ansieht, als die constitutio; indem bei jenem, dem Vorbehalt, sich annehmen läßt, daß von dem übertragenen Eigenthum etwas bei dem Uebertragenden verblieben, auf den Erwerber aber die Sache gleich Anfangs cum onere übergegangen sey. Daher denn auch, wenn Concurrenz des Richters zu Bestellung eines dinglichen Rechts erfordert wird, bei der reservatio nicht, wie bei der constitutio, confirmatio judicialis nöthig ist, sondern eine bloße dem Richter geschehene Anzeige hinreichet. Nichts destoweniger läßt sich im

Allgemeinen nicht bezweifeln, daß auch außer dem Fall des Vorbehalts durch constitutio ein onus reale durch Vertrag oder letztern Willen bestellt werden könne, wie schon aus dem was über die römischen servitutes personales und die Grundzinsen des deutschen Rechts erinnert worden ist, hervorgehet, vgl. Mittermaier §. 176. Eichhorn §. 163. 164. 252. 253. obwohl der Letztere hierbei manche Modificationen annimmt; vgl. Excurse zu Curtius Handb. 3te Abth. S. 17. ff. Die entgegengesetzte Meinung findet sich bei Kind II. 71. und die abweichende Ansicht dieses um das sächs. Recht so hoch verdienten Rechtslehrers gab der sächs. Ritterschaft Veranlassung bei dem Landtag von 1824 mit dem Antrag auf eine gesetzliche Entscheidung aufzutreten. Die Antwort auf diesen Antrag erfolgte bei dem Landtag von 1830 durch das Decret v. 2. März. Vgl. die gedruckten Landtagsacten v. 1830 II. S. 69. nach vorheriger Berathung mit dem Appellationsgericht und der Gesetzgebungscommission ablehnend. Denn beide nur erwähnte Behörden reprobirten die Ansicht Kinds und stellten als unzweifelhaft nach Grundsätzen des gemeinen deutschen Rechts den Satz auf, daß Verträge, durch welche ein Grundstück afficiret wird, auf successores singulares übergehen, folglich ein onus reale zu gründen geeignet sind; das App. Gericht insbesondere für den Fall, wenn von Verträgen zwischen Gerichtsherrschaft und Unterthanen die Rede ist; die Gesetzgebungscommiss. allgemein für alle pacta intuitu fundi inita. Beschränkt ist jedoch in neuerer Zeit das Recht, Reallasten durch Vertrag zu constituiren worden durch das Ablösungsgesetz §. 54. 55. Wie nun aber ein Vertrag, durch welchen onus reale bestellt werden soll, beschaffen seyn müsse? darüber fehlt es an gesetzlichen Vorschriften. Allein es folgt aus der Natur der Sache, daß theils die Absicht, ein onus reale zu begründen deutlich ausgesprochen, und der Vertrag zur Cognition der Behörde, welche die Belastung des in Frage stehenden Grundstücks des öffentlichen oder besondern Interesses halber zu inspiciren hat, gebracht werden müsse. In den Ländern, wo wie in Sachsen, Hypothek an einem Grundstück, Confirmation und Consens des Richters erfor-

dert, kann bei Constituirung eines onus reale, welches von weit wichtigern Folgen ist, als das onus hypothecae, nicht weniger geschehen. Und so erfordert denn auch in Sachsen die E. P. O. XLII. 8. Confirmation und Consens des Richters bei dem Renten- oder Gültenkauf.

5) Dies ist allemall der Fall bei einem durch letztwillige Verfügung bestellten Auszug. Indeß kann nach den h. z. T. als gültig angenommenen Grundsätzen des gemeinen Rechts ein Auszug für einen dritten auch durch Verträge bestellt werden, da der Grundsatz des römischen Rechts, daß aus Verträgen ein Dritter keine Rechte erwerben könne, aufgegeben worden ist. Vgl. Curtius Handb. III. §. 1281. Glück IV. §. 315. XIV. §. 867.

6) Vgl. das bereits mehrmal angef. Mand. v. 28. Febr. 1726 C. A. C. I. 1. S. 275. Es ist in demselben zwar nur von einem Vorbehalt bei dem Kauf die Rede, allein niemand hat bezweifelt oder wird bezweifeln, daß die Disposition des Mand. auch auf andre Uebereinunugsverträge anwendbar sey.

7) Fragt man, ob der Auszug ebenfalls sowohl ein vorbehaltener als ein constituirter seyn könne, so klingt freilich die Frage etwas sonderbar, wenn man das Wort Auszug für gleich bedeutend mit dem lateinischen reservatum nimmt. Denn dann scheint schon durch Namen und Begriff die Idee einer Constituirung im Gegensatz des Vorbehalts ausgeschlossen. Allein um nicht in einen Wortstreit sich zu verlieren, muß die Frage anders und zwar so gestellt werden: können praestanda, wie sie bei dem vorbehaltenen Auszug vorzukommen pflegen, mit der Wirkung eines onus reale auch durch constitutio begründet werden? Die meisten Rechtslehrer sprechen allerdings, wenn sie von dem Auszug als Reallast handeln, nur von dem vorbehaltenen Auszug, und leiten wohl auch die ihm zukommende Eigenschaft der Reallast aus dem Vorbehalt her. So besonders Krause diff. l. III. 3. Indeß selbst dieser nimmt an, daß der Auszug auf dieselbe Weise bestellt werde, wie die übrigen servitutes und läßt nach erfolgter Uebergabe des Guts noch eine Klage auf Be-

stellung des Auszugs zu. Wernher diss. I. J. 2. in fin. sagt: datur etiam jus des Auszuges constitutivum quod alii in bonis ab ipso non venditis conceditur, in quo tamen regulariter idem, quod in reservatis obtinet. In der diss. von Mirus III. I. IV. 1. ingleichen bei Biener qu. 23. 24. 25. Mittermaier §. 109. Eichhorn §. 117. 163. not. i. (womit jedoch zu vergleichen §. 164. not. e.) ist ebenfalls nur von vorbehaltenen Auszug die Rede. Am bestimmtesten aber spricht Gottschalk I. disc. 29. die Ansicht aus, daß nur vorbehaltene Auszugsprästationen ein onus reale begründen, wobei zugleich bemerkt wird, daß dem gemäß das App.-Gericht einem von dem Verkäufer eines Grundstücks erst nach erfolgter Uebertragung des Eigenthums bedungenen Auszug die Eigenschaft einer Reallast abgesprochen habe. Es sey jedoch gestattet, gegen diese Ansicht einige, wie es scheint, nicht unerhebliche Zweifel vorzubringen. Nach allgemeinen Recht giebt es, so lange man annimmt, daß Reallasten überhaupt durch Vertrag bestellt werden können, keinen Grund, bei dem Auszug etwas Anderes anzunehmen. Nach sächs. Recht glaubt man jedoch in gesetzlichen Bestimmungen Gründe zu haben, welche eine solche Ausnahme rechtfertigen. Man beruft sich zu Begründung des erwähnten Satzes auf das schon mehrmals erwähnte Rescript v. 28. Febr. 1726. Allein wenn dieses Rescript bestimmt, unter welchen Umständen ein reservirter Auszug die Eigenschaft eines onus reale begründen könne, so schließt es noch keineswegs die Möglichkeit aus, für einen constituirten Auszug dieselbe Eigenschaft zu erlangen. Es hebt nur einen Fall hervor, in welchem der Auszug, und zwar ohne, daß es der richterlichen Confirmation bedarf, die Eigenschaft einer Reallast erlanget. Sollte hieraus sich folgern lassen, daß auf keine andere Weise, namentlich auch nicht, wenn richterliche Bestätigung hinzukommt, Auszugsprästationen als Reallast begründet werden könnten? Dies zu bezweifeln, bietet schon die Veranlassung des Gesetzes einen hinreichenden Grund dar. Die Bestimmung der E. P. O. XLII. 8. hatte zu dem Zweifel Anlaß gegeben, ob nicht bei Auszugsprästationen um diesel-

ben als onera realia nach §. 7. d. E. P. O. a. a. O. prioritätisch zu lociren, vorausgesetzt werden müsse, daß wegen des Auszugs ein ius reale, eine Hypothek gerichtlich constituirt und consentiret worden sey. Vgl. das bei Biener qu. 23. angeführte Rescript, mit welchem das vorerwähnte der Juristenfac. zu Leipzig communiciret ward; aus welchem zugleich hervorgehet, daß die Auszugsprästationen, über welche in dem in dem Gesetze angeführten Fall, gestritten ward, vorbehalten, nicht constituirt waren. Indem nun das Gesetz entscheidet, daß es der Reservation einer Hypothec nicht bedürfe, sondern es hinreiche, wenn der Contract, darinnen der Auszug vorbehalten worden, gerichtlich confirmiret; so sagt es nicht einmal, daß es für den vorbehaltenen Auszug eine bestimmte Form vorschreibe, und noch weit weniger, daß es zugleich eine Bestimmung für den constituirten Auszug enthalte. Man beruft sich aber auch auf die oben angef. Stelle der E. P. O. XLII. 8., nach welcher Zinsen wiederkäuflicher Stämme andrergestalt nicht als wenn sie gerichtlich constituiret und consentiret ein jus reale, und sodann auch kein ius prioritatis haben, sondern sowohl ratione sortis als ratione der wiederkäuflichen Zinsen unter den übrigen creditoribus hypothecariis nach Ordnung der Zeit befriediget werden sollen. Allein, wenn man auch darauf kein Gewicht legt, daß das Gesetz von ablöglichen Zinsen spricht, da, wie bereits oben bemerkt worden ist, die Bestimmung des Gesetzes auch als gültig für unablegliche Zinsen angesehen wird, so ist dasselbe doch immer nur von einem eigentlichen Rentenkauf zu verstehen. Und selbst in diesem Umfang spricht es nur von der Priorität, welche Capital und Zinsen haben sollen, nicht davon ob dieselben die Eigenschaft eines onus reale erlangen können. Daß das ius reale, welches wegen derselben durch gerichtliche Confirmation und Consentirung erlangt worden ist, nur als Hypothek anzusehen sey, folgt daraus allein, das Capital und rückständige Zin-

sen unter den hypothecarischen Gläubigern nach Ordnung der Zeit locirt werden soll, keinesweges. Und gesetzt, daß unter dem ius reale, von welchem das Gesetz spricht: wirklich nur das ius hypothecae zu verstehen sey, so folgt wiederum nicht, daß nicht statt bloser Hypothek auch ein onus reale bestellt werden könne. Dies vorausgesetzt, wäre die Bestimmung der A. P. O. XLII. 6. welche die auf einem Grundstück haftenden Renten für onera realia erklärt, durch die E. P. O. blos in Ansehung der Priorität, und in sofern, als die Eigenschaft eines onus reale nicht ipso jure, sondern nur durch Hinzutritt eines Factum, wie Confirmation und Consens der darauf sich beziehenden Verfügung durch den Richter, entstehen soll, geändert. Man wird einwenden, daß Capital und die künftig verfallenden Renten durch die ihnen beigelegte Eigenschaft mittelbar eine Priorität erlangen würden, indem durch diese Eigenschaft der Werth des Grundstücks vermindert und so ein Theil der Masse den Concursgläubigern entzogen würde, während der Rentenkäufer sein Recht für die Zukunft überall in salvo behielte. Allein Priorität ist das schwerlich zu nennen, was als natürliche Folge der Eigenschaft eines onus reale erscheint. Daß die E. P. O. den wiederkäuflichen Renten, indem sie denselben wie dem Hauptstamm Priorität versagt, auch eine Eigenschaft absprechen, welche aus der Natur einer Reallast folgt, läßt sich demnach nicht annehmen. Uebrigens ist die Annahme, daß wiederkäufliche Hauptstämme und Zinsen die Eigenschaft einer Reallast haben können, mit der Bestimmung, daß ihnen gleichwohl Priorität nicht zustehen soll, recht wohl zu vereinigen, sobald man annimmt, daß die Constituirung einer Reallast den Gläubigern nicht präjudicire, deren Forderung bereits vorhanden war, als die Reallast begründet war. Die Gläubiger, welchen ein Pfandrecht an dem zu belastenden Grundstück zustand, behalten ein vorzügliches Recht, wie man dies in der That auch in dem Fall des vorbehaltenen Auszugs, welcher mit frühern Hypotheken collidiret, annimmt. Den chirographischen Gläubigern müssen wenigstens gleiche Rechte mit dem, dessen Forderung ein onus reale

entspricht, verbleiben, wenn nicht dem letztern noch überdem ein Pfandrecht bestellt worden seyn sollte. Nur Gläubiger, deren Forderungsrechts später ist, haben die Eigenschaft des onus reale ohne weiteres anzuerkennen. — Unter diesen Umständen scheint es an einem haltbaren Grund zu fehlen, vermöge dessen die Möglichkeit, den Auszug auch außer dem Fall des Vorbehalts zu constituiren, ausgeschlossen wird. Auch verliert das Argument, daß ein ius singulare stricte erklärt werden müsse, hier alle Bedeutung. Es würde in Betracht kommen, wenn hier ein Gesetz vorläge, durch welches für die Bestellung des Auszugs überhaupt eine gewisse Form vorgeschrieben wäre. Allein dies ist, wie oben bemerkt worden, nicht der Fall; vielmehr sind hier die Umstände so gestaltet, daß man die Frage stellen müßte: ob und in welchem Umfang durch ein neueres Gesetz ein durch die Praxis und ältere gesetzliche Bestimmungen anerkannter Satz aufgehoben worden sey? Ueberdem würde, da das Mand. v. 1726 von dem bei einem Kauf vorbehaltenen Auszug spricht, obiges Argument consequent dahin führen, daß man auch bezweifeln müßte, ob bei Tausch oder Schenkung eines Grundstücks Auszug mit der Wirkung einer Reallast vorbehalten werden könne?

Es scheint demnach, daß Prästationen, wie sie bei dem Auszug vorkommen, auch außer dem Fall des Vorbehalts durch Vertrag und letzten Willen mit der Wirkung einer Reallast bestellt werden können, wo nicht ein anderes durch Particular-Gesetzgebung, wie nach dem Preuß. Landrecht I. 11. §. 602 festgesetzt ist; daß aber das sächs. Recht keinen zureichenden Grund enthalte, ein Gleiches anzunehmen. — Allerdings kommt ein constituirter Auszug einem Rentenkauf ziemlich nahe, allein der Unterschied zwischen beiden bleibt immer der, daß bei dem Auszug ein Capital, welches der, von dem der Auszug zu prästiren ist, entweder gar nicht oder nicht mit der Wirkung durch Rückzahlung desselben von den Auszugsprästationen sich befreien zu können, vorkommt; und daß der Auszug stets nur für die Lebenszeit des Berechtigten bestellt wird. Der Unterschied zwischen reservirten und

constituirten Auszug äußert sich aber A) in Ansehung der Form der Bestellung; indem bei dem constituirten Auszug Bestätigung und Consens des index rei sitae erfordert wird, was bei dem vorbehaltenen Auszug wenigstens dann nicht nöthig ist, wenn der Vorbehalt als pactum adiectum eines Uebereignungsvertrags erscheinet; B) in Ansehung der Wirkung; da den vermöge vorbehaltenen Auszugs schuldigen Prästationen ein Prioritätsrecht zusteht, welches wegen der vermöge constituirten Auszugs schuldigen Leistungen in der Regel nicht Statt findet.

8) Verjährung als Mittel des Erwerbs ist in Beziehung auf Eigenthum und Servituten durch das gemeine Recht anerkannt, wiewohl, was die erwerbende Verjährung bei Servituten betrifft, vielfacher Streit theils über die Beschaffenheit dieser Verjährung, theils über den Umfang derselben, namentlich ob sie auch für die servitutes personales, wie ususfructus, usus, habitatio gültig sey, obwaltet. Vgl. Unterholzner Entwickelung der Lehre von der Verjährung II. §. 187 — 216. Daß überhaupt jedes Recht durch Verjährung erworben werden könne, das läßt sich wenigstens aus dem gemeinen Recht nicht darthun. Vgl. Thibaut über Besitz und Verjährung §. 37. Indessen ist jener Satz als Regel durch die Praxis angenommen und in den meisten Particular-Gesetzgebungen namentlich auch in der sächsischen anerkannt worden. Nur bei dem Pfandrecht und dem rein obligatorischen, eine bloße actio personalis begründenden Forderungsrecht, hat man eine Ausnahme gelten lassen. Vgl. Unterholzner §. 247. 248. 252 — 254. Dagegen hat man kein Bedenken getragen, nach Analogie der erwerbenden Verjährung bei Servituten anzunehmen, daß dingliche Forderungsrechte, wie man diejenigen nennen kann, welche ein Grundstück als Reallast afficiren, ebenfalls durch Verjährung erworben werden können; Sommer Reallast §. 15. obgleich die Anwendbarkeit der erwerbenden Verjährung auf dieses Rechtsinstitut nach gem. Recht von Mittermaier d. P. R. §. 176. bezweifelt, und von Eichhorn d. P. R. §. 163. 164. nur mit mancherlei Modifi-

cationen angenommen wird. In Sachsen ist erwerbende Verjährung als Mittel des Erwerbs rücksichtlich des Rechts auf Frohnen und Dienste bisher mehr durch die Praxis als nach einer gesetzlichen Bestimmung (denn const. 4. p. II. liefert nur ein schwaches Argument und erst das neue Frohnengesetz v. 13. Aug. 1830. G. S. n. 30. erkennt verjährtes Herkommen in dieser Beziehung als Erwerbsmittel an) eingeführt worden; jedoch nach dem Gesetz über Ablösung in Gemeinh. Theil. v. 17. März 1832 (G. S. n. 17.) §. 50. als solches nur noch bis zu dem Jahre 1832 wirksam. Was nun insbesondere den Erwerb des Rechts auf Auszug betrifft, so nehmen die ältern Rechtslehrer, wie Wernher I. 3. Krause III. 7. Möglichkeit eines Erwerbs durch Verjährung unbedenklich an. Indeß erheben sich gegen diese Ansicht mancherlei Zweifel. Zuvörderst ist zu bemerken, daß Verjährung bei dem auf dem Colonat sich gründenden Auszug kaum erforderlich erscheint, wenn nicht etwa der Auszügler gewisse bestimmte Leistungen als Auszugsprästanda in Anspruch nimmt. Dann läßt sich freilich nicht bezweifeln, daß Emolumente, wie usus fructus, usus, habitatio den Bestimmungen des vorigen Rechts gemäß, als servitutes personales, wenn auch nicht gerade als Auszug durch Verjährung erworben werden können; Runde II. §. 35. Was dagegen praestationes personales, welche in dem Auszug begriffen zu seyn pflegen, anlanget, so hält erwerbende Verjährung für ausgeschlossen Runde a. a. O. Mirus diss. I. III. §. 4. vgl. auch Unterholzner Verjährung II. §. 254. Es läßt sich dagegen nicht anführen, daß nach l. 6. pr. D. de usuris ein Recht, Zinsen zu fordern, durch Verjährung erworben werden könne. Vgl. Curtius Handb. III. §. 1173. n. 5. u. die das. angef. Rechtslehrer. Denn diese Annahme ist selbst höchst problematisch; Unterholzner a. a. O. §. 283. n. III. Auch die Möglichkeit einer Extinctiv-Verjährung des Rechts auf wiederkehrende Leistungen, welche namentlich die sächsische Gesetzgebung c. 2. p. II. statuiret, liefert keinen hinreichenden Beweiß für die Statthaftigkeit der erwerbenden Verjährung des Rechts auf solche

Leistungen. Ließe sich als allgemeine Regel für die erwerbende Verjährung aufstellen, daß sie Erwerb eines Rechts nur da, wo dieser Erwerb frei gegeben, nicht an eine bestimmte Form gebunden ist, möglich mache; so wäre die Unstatthaftigkeit der erwerbenden Verjährung bei dem Auszug wenigstens dann entschieden, wenn als richtig anerkannt werden müßte, daß nur vorbehaltener Auszug wahrer Auszug sey; denn der Mangel dieses Vorbehalts würde dann durch Verjährung nicht ergänzt werden können; und wenn der Vorbehalt vorhanden wäre, bedürfte es der Verjährung nicht. In Sachsen würde dies aber auch von dem constituirten Auszug gelten, da dieser nach E. P. O. XLII 8. ein ius reale andrer Gestalt nicht, als wenn selbiges gerichtlich constituiret und consentiret, bewirkt. Was insbesondere den Auszug betrifft, den Eltern bei Uebertragung des Grundstücks an ihre Kinder sich vorbehalten, so wird in den meisten Fällen der Ablauf der gewöhnlichen Verjährungszeit, welche in Sachsen keine andre als die von 31 Jahren 6 Wochen 3 Tagen seyn würde, nicht eintreten können. Wenn übrigens Runde und nach ihm Mirus Verjährung bei dem Auszug in sofern annehmen, als durch dieselbe das Recht, bewirkte Leistungen zurückzufordern, ausgeschlossen wird, so kann dies natürlich nicht als erwerbende Verjährung, sondern als praescriptio extinctiva der condictio indebiti angesehen werden.

9) Man findet bei Wernher I. 3. Krause IV. 2. u. noch bei Mirus III. 3. mit Beziehung auf l. 6. §. 1. D. comm. divid. l. 6. §. 1. D. de usufr. noch die Ansicht, daß durch die Adjudication des Richters ein Auszug bestellt werden könne. Man sehe dagegen Runde II. 25. Wenn in Fällen, in denen über Theilung eines Grundstücks gestritten wird, Trennung des ususfructus von der proprietas als Auskunftsmittel zu wählen dem Richter gestattet ist, so mag dies allerdings hingehen, da proprietas und ususfructus hinlänglich bestimmte Rechte sind. Das Recht auf Auszug aber, welches die verschiedenartigsten, nur durch freie Vereinigung näher zu bestimmenden Befugnisse in sich begreifen

kann, ist schwerlich als Mittel zu einer Auseinandersetzung, welche die Interessenten sich gefallen lassen müßten, zu benutzen. Der Fall des richterlichen Einschreitens, welchen Mirus a. a. O. erwähnt, wenn der Gutsbesitzer der Wirthschaft nicht mehr vorstehen kann, kommt blos bei dem auf Colonat gegründeten Auszug vor.

§. 5.

Der Vertrag durch welchen Auszug bestellt wird begründet, weil der Auszug **incertae aestimationis** ist, eine **obligatio incerti** und nähert sich sogar den sogen. aleatorischen Verträgen [1]). Aus demselben erwächst zunächst nur ein persönliches Recht gegen den Mitcontrahenten, ein dingliches Recht aber erst dann, wenn die Form hinzugetreten ist, welche die Verpflichtung zur Reallast macht. [2]). Der Vertrag, durch welchen Auszug *vorbehalten* wird, ist als **pactum adiectum** des Uebereignungsvertrags anzusehen [3]) und bedarf keiner besondern richterlichen Bestätigung; es gnügt vielmehr, daß der Hauptvertrag gerichtlich confirmirt worden ist [4]). Der Vorbehalt kann zu Gunsten sowohl des Uebereignenden als dritter Personen [5]) erfolgen, bisweilen auch, namentlich wenn Uebertragung von Seiten der Eltern an die Kinder erfolgt, Anticipirung der Erbfolge beabsichtigen [6]). Die Uebereignung selbst muß, wenn das beigefügte **pactum adiectum** als gültig erscheinen soll, zu Recht bestehen; obwohl eben wegen der Verbindung eines solchen **pacti adiecti** mit dem Hauptvertrage das Recht diesen anzufechten ausgeschlossen werden kann [7]). Uebrigens erfolgt die Uebereignung des Grundstücks unter Vorbehalt des Auszugs entweder **titulo oneroso** [8]) oder **titulo lucrativo** [9]), wo denn im ersteren Falle wegen der Verbindung der Veräußerung mit dem Auszug im Allgemeinen das Befugniß den Contract wegen Verletzung anzufechten [10]), ins-

besondere aber bei dem Kauf unter gewissen Umständen das Retractsrecht [11]) ausgeschlossen wird; Der Vertrag, durch welchen ein Auszug an einem fremden Grundstück bestellt wird, erfordert Bestätigung von Seiten des **iudex rei sitae** [12]), gleichviel übrigens, ob der Auszug gegen Entgeld [13]), oder ohne dieses, dem [14]) gewesenen Eigenthümer oder einem Dritten, bestellt wird [15]).

1) l. 75. D. de V. O. Daß ein ohngefährer Werth des Auszugs sich ermitteln läßt, bewirkt noch nicht, daß eine obligatio certi angenommen werden müßte. Diese Ungewißheit des Gegenstandes der Verpflichtung ist es übrigens auch, welche den Vertrag, durch welchen Auszug bestellt wird, zu einem aleatorischen macht, und zwar auf Seiten dessen, welcher den Auszug zu prästiren hat, unbedingt; auf Seiten dessen, welcher den Auszug empfängt, wenigstens dann, wenn er dafür eine Gegenleistung prästiret. Auszug ohne alle Gegenleistung ist übrigens nur bei constituirten Auszug nicht bei reservirten, wo die Uebertragung des Grundstücks als Gegenleistung angesehen werden kann, gedenkbar.

2) Vgl. Wernher. I. 3. Krause III. 5. Mirus IV. 1. V. 1. 2. Die Eigenschaft eines onus reale erhält der Auszug in Sachsen erst durch gerichtliche Bestätigung, die jedoch auf verschiedene Weise sich äußert, je nachdem der Auszug vorbehalten oder constituiret wird. Zwar ist die Meinung von Berger Oec. II. 3. 1, not. 2. welcher auch Wernher und Krause a. a. O. beipflichten, daß der Vertrag, durch welchen ein dingliches, den Servituten ähnliches Recht bestellt wird, gerichtlich bestätiget werden müsse, in foro nicht angenommen; vgl. Haubold Handb. §. 191. not. 2. Allein was in sp. den Auszug betrifft, so folgt die Nothwendigkeit gerichtlicher Bestätigung aus dem bereits mehrmals angef. Mandat v. 28. Febr. 1726 u. E. P. O. XLII. 8. Dabei ist es denn klar, daß des bestehenden Vertrags ohnerachtet, die Bestellung des Auszugs behindert werden kann. Dann löset sich der Anspruch dessen, dem der Auszug bestellt worden ist, (natürlich unter der Voraussetzung, daß er das Hinderniß nicht selbst ver-

schuldet habe) in einen Anspruch auf id quod interest auf. Besonders zu erwähnen ist der Fall, wenn zu dem Vermögen dessen, welcher den Auszug zugesagt hat, Concurs entsteht. Daß in dem Fall, wenn der Vertrag Constituirung eines Auszugs an einer Sache des Gemeinschuldners bezweckte, Bestellung des Auszugs nicht gefordert, sondern nur das id quod interest bei dem Concurs liquidiret werden könne, ist klar. Was den Fall, in welchem der Auszug vorbehalten worden war, betrifft, so ist die Frage eigentlich so zu stellen, ob die Concursmasse die Sache, welche der Gemeinschuldner mit der Last des vorbehaltenen Auszugs zu übernehmen sich verpflichtet hatte, mit eben dieser Last zu übernehmen gehalten sey? Diese Frage ist ebenfalls zu verneinen. Vgl. Schweppe System. des Conc. der Gläubiger §. 49. 59. 62.

3) Vgl. Wernher I. 3. Krause III. 4. Runde II. §. 24. Mirus III. 1. Die Tendenz dieses pacti adiecti ist a) gewisse mit dem Eigenthum verbundene Befugnisse von der Veräußerung auszunehmen; deducere, excipere nach dem Ausdruck der römischen Juristen; b) den Acquirenten zu gewissen Leistungen zu verpflichten, welche aus der Natur des Uebereignungsvertrags nicht fließen. Die Frage, ob der vorbehaltene Auszug als Gegenleistung anzusehen sey, würde daher jedenfalls nur mit Unterschied, nemlich blos in Ansehung der sub b. erwähnten Leistungen, bejahet werden können, vgl. Waldeck a. a. O. S. 275., wiewohl selbst hier in Ansehung des aus dem Grundstück zu reichenden Auszugs, der die Kräfte des Guts nicht übersteigt, gezweifelt werden kann. Rnnde a. a. O. S. 379. Uebrigens ist es wenigstens, was vorbehaltenen Auszug betrifft, unrichtig, den Auszugsvertrag für einen contractus innominatus zu nehmen, wie dies geschieht von Struben recht. Bd. V. 42. vgl. auch Krause III. 4. Zwar läßt sich allerdings der Fall denken, in welchem die Bestellung eines Auszugs als Hauptsache, die Abtretung des Grundstücks als Nebensache erscheint. Allein den Auszugsvertrag im Allgemeinen von diesen Gesichtspunkt aus zu betrachten, ist gewiß unstatthaft. Runde a. a. O.; und wenn ein solcher Fall wirklich

vorhanden ist, läßt sich zweifeln, ob vorbehaltener oder constituirter Auszug vorliege?

4) Wegen solcher Emolumente, welche unter die in vorstehender Note sub a. erwähnte Classe fallen, reicht, um das dingliche Recht zu erhalten, der bloße Vorbehalt hin, wie dies auch nach römischen Recht in Ansehung der Servituten der Fall war, welche bei Uebereignung eines Grundstücks vorbehalten worden. Vgl. Muehlenbruch doctr. pandectar. II. §. 292. Was dagegen Prästationen, wie die sub b. erwähnten anlangt, so kann hier, wie bei den römischen Servituten, die Frage aufgeworfen werden, ob und in wiefern das bloße pactum hinreiche, das dingliche Recht der servitus zu begründen? Dieselbe Frage kehrt wieder, wenn von Constituirung des Auszugs die Rede ist. Der über diesen Gegenstand in neuerer Zeit geführte Streit ist bekannt; man sehe die einschlagenden Schriften bei Muehlenbruch a. a. O. Die meisten Rechtslehrer scheinen darinnen übereinzustimmen, daß es zu Begründung eines dinglichen Rechts nicht eben der sogen. quasi traditio bedürfe, wenn nur der Vertrag selbst bestimmt genug auf Begründung eines solchen Rechts gerichtet ist. Vgl. Muehlenbruch a. a. O. Was den Auszug betrifft, so entscheidet in Sachsen das Mand. vom 28. Febr. 1726., welches, ob es schon nur von dem bei einem Kaufe vorbehaltenen Auszug handelt, allgemein auch auf andre Uebereignungsverträge angewendet wird; Wernher I. 3. n. 1. Krause III. 3. Mirus III. 1.; übrigens aber unter den verschiedenen Arten der Auszugsprästationen nicht unterscheidet. Daß der Uebereignungsvertrag nicht nothwendig das Detail über die Auszugsprästationen zu enthalten brauche, vielmehr es hinreiche, wenn in dem Uebereignungsvertrag auf die des Auszugs halber besonders getroffene Uebereinkunft Bezug genommen wird, leidet wohl keinen Zweifel. Vgl. Krause III. 3. a. f. Zweifelhafter dürfte die Entscheidung seyn, wenn ein künftig zu bestimmender Auszug vorbehalten wird. Die Frage ist nämlich, ob der später bestimmte Auszug vorbehaltener oder con-

stituirter Auszug sey? Darf man annehmen, daß der Uebertragende ein Recht habe, aus einem solchen allgemeinen Vorbehalt auf Bestellung eines bestimmten Auszugs zu klagen, so muß hier allerdings vorbehaltener Auszug angenommen werden. Eine andere Frage, von welcher Zeit an in einem solchen Fall das dingliche Recht für den später bestimmten Auszug beginne? ist leicht zu entscheiden, wenn man hierbei das anwenden darf, was das gemeine Recht über das Pfandrecht wegen einer künftigen Schuld verordnet. Vgl. darüber Hepp. diss. ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat à 1825. §. 15., Glück XIX. §. 1095. S. 327. Gestending Pfandr. §. 4. S. 35. der 2. Ausgabe. Angenommen, daß die vorhergegangene Verabredung nicht hinreichend gewesen sey, ein Klagerecht zu begründen, kann auch durch dieselbe ein Realrecht nicht begründet worden seyn, und nur, wenn dennoch der später bestimmte Auszug als vorbehaltener angesehen werden könnte, wäre anzunehmen, daß das Realrecht mit dem Augenblick der Confirmation des Hauptvertrags begründet worden sey. Außerdem aber und wenn constituirter Auszug anzunehmen wäre, könnte die Confirmation des Hauptvertrags allein ein Realrecht für den Auszug nicht begründet haben; es würde dazu eine besondere Bestätigung, mit welcher das Realrecht beginnt, erforderlich seyn. Nach preuß. Landr. I. 11. §. 603. muß der Auszug immer unter Concurrenz des Richters reguliret werden, und zwar ist nach II. 17. §. 56. der Richter der Person (welcher? des Uebertragenden oder des Uebernehmenden?) erforderlich. Vgl. §. 4. Not. 5.

5) Selbst nach röm. Recht scheint ein Vorbehalt des ususfructus für einen Dritten wirksam gewesen zu seyn, a. l. 36. §. 1. D. de usufr. l. 38. §. 12. D. de V. O. Vorbehalten wird der Auszug am häufigsten für Ehegatten und Kinder.

6) Vgl. Runde II. §. 3—6. Die daselbst aufgestellten Ansichten sind freilich in ihrem ganzen Umfang anwendbar nur

für den auf den Colonat gegründeten Auszug. Als allgemein gültig wird aber die Bemerkung aufgestellt, daß die durch einen mit Vorbehalt des Auszugs abgeschlossenen Uebereignungsvertrag regulirte Succession immer nur als successio singularis anzusehen sey und daher in Beziehung auf den Nachlaß überhaupt dem Acquirenten weder Rechte gebe, noch Verbindlichkeiten auflege; vgl. Runde a. a. O. §. 52—54. Zu demselben Resultate würde man gelangen, wenn man dem Erben, dem das Grundstück mit Vorbehalt des Auszugs übertragen worden ist, als haeres ex re certa betrachtete, und es als ausgemacht anzunehmen wäre, daß ein solcher den übrigen Nachlaß nicht zu vertreten habe; vgl. Kind II. qu. 61. Nach Eichhorn d. P. R. §. 344. haftet bei Erbverträgen über eine einzelne Sache der Acquirent wenigstens für nachher contrahirte Schulden des Andern nicht. Wenn übrigens Anticipirung der Erbfolge als Zweck des Uebereignungsvertrags und nicht zugleich die Absicht einer Uebertragung titulo singulari sich ergiebt, so kann die Frage aufgeworfen werden, ob dem Acquirenten es frei bleibe, der später anfallenden Erbschaft und hiermit auch der Vertretung derselben sich zu entschlagen? Allerdings kann auch ein vertragsmäßiger Erbe die anfallende Erbschaft ausschlagen. Stryk de succ. ab int. disp. VIII. cap. 5. §. 24. sqq. Mittermayer d. P. R. §. 403. V. und die daselbst angef. Rechtslehrer. Allein die Frage ist hier näher dahin zu richten, ob dies auch dann Statt finde, wenn man pro haerede sich bereits geriret hat; und ob man theilweise von dem Nachlaß sich lossagen könne? Muß dies, wie es scheint, geleugnet werden, so wird auch der, dem auf sein künftiges Erbtheil ein Grundstück übertragen worden ist, sich nicht entbrechen können, entweder auch den übrigen Nachlaß zu vertreten, oder zugleich mit der übrigen Erbschaft von dem ihm übertragenen Grundstück sich loszusagen, d. h. dasselbe cum fructibus perceptis an die Nachlaßmasse wieder zu überlassen. Eichhorn d. P. R. §. 344. In Sachsen scheinen Kinder, welche bei Lebzeiten des Vaters von diesem abgefunden worden sind, wenigstens dann nicht nöthig

zu haben, in die künftige Erbschaft sich zu mischen, wenn sie nicht als Erbe eingesetzt worden sind. Vgl. c. 10. p III. Ob anticipata successio bei der mit Vorbehalt des Auszugs geschehenen Uebereignung beabsichtiget worden sey oder nicht, ist übrigens quaestio facti. Ueber Umstände, welche hierbei in Betracht kommen, vgl. c. 9. p. III. und dazu Carpzov, Berger. oec. I. 3. th. 11. Nach Runde a. a. O. §. 8. streitet dafür die Vermuthung. Als Erbvertrag ist eine solche Disposition unwiederruflich. Etwas anderes würde gelten, wenn eine bloße divisio inter liberos vorläge; vgl. jedoch Runde a. a. O. §. 7. u. f.

7) Abgesehen von dem Fall, in welchem der Uebereignungsvertrag wegen einem Veräußerungsverbot ex capite dominii, doli oder rest. in integrum angefochten wird, wo bei einer mit Vorbehalt des Auszugs erfolgten Uebertragung nichts besonders gilt, kann der Uebereignungsvertrag angefochten werden, A. wegen Verletzung, entweder des Contrahenten oder dritter Personen; wie der Notherben und Gläubiger des Uebertragenden; B. wegen eines Näherrechts an dem Grundstück von dritten Personen. Das Letztere kann nur bei einem Kauf ausgeübt werden, und eben so setzt der Anspruch auf Rescission der wegen Verletzung von einem Contrahenten erhoben wird, einen onerosen Vertrag voraus. Daher das Nähere über diese beiden Punkte weiter unten gesagt werden wird. Jetzt bemerken wir nur in Bezug auf den Fall sub A. im Allgemeinen, daß der Anfechtung eines mit dem Vorbehalt des Auszugs unternommenen Uebereignungsvertrags der Umstand, daß der Gegenstand des Vertrags ein incertum ist, und die damit verbundene Schwierigkeit eine Larsion nachzuweisen, der Möglichkeit einer Rescission wegen Lasten entgegenstehet. Es fragt sich nun, ob es, um diese Schwierigkeit zu beseitigen, hinreiche, daß auf die §. 1. Not. 7. vorerwähnte Weise wenigstens ein ohngefährer Werth des Auszugs sich nachweisen läßt? Im Allgemeinen läßt sich nun dies, wie bereits oben bemerkt worden ist, nicht annehmen, und namentlich wird, wie weiter unten erwähnt werden soll, bestritten, ob es den Contrahen-

ten, wenn sie über Verletzung sich beschweren, gestattet sey, das Daseyn einer Läsion auf die bemerkte Weise darzuthun. Allein der Grund, der den Contrahenten vornehmlich entgegensteht, daß sie freiwillig in ein aleatorisches Verhältniß traten, fällt weg, wenn ein Dritter durch den Uebereignungsvertrag verletzt zu seyn behauptet. Dieser kann nicht darunter leiden, daß die Contrahenten eine Form der Uebereignung gewählt haben, welche die Ausmittelung der Verletzung erschwert; er scheint daher mit Recht die Anwendung jener Mittel, durch welche ein Werth des Auszugs figiret werden kann, zu verlangen. Dies vorausgesetzt, wenden wir uns zu der Frage: ob ein mit dem Vorbehalt des Auszugs bewirkter Uebereignungsvertrag von Notherben, wegen Verletzung im Pflichttheil angefochten werden könne? Sie ist natürlich nur dann aufzuwerfen, diese Frage, wenn das übertragene Gut zu dem Vermögen gehört, aus welchem der Pflichttheil gebühret; vgl. Runde II. §. 67. Ist dies der Fall, so läßt sich in thesi nicht bezweifeln, daß auch ein Uebereignungsvertrag, der mit dem Vorbehalt des Auszugs geschehen ist, als inofficiosa venditio oder donatio von den Notherben des Uebertragenden angefochten werden könne, wenn schon die Folge nicht immer Rescission des Vertrags, sondern Ergänzung des Pflichttheils sein wird. Vgl. Cannengiesser. decis. Hasso. Cassel. I. n. 126., wo verschiedene Ansichten entwickelt sich befinden. Thierfeld, §. 15. 16. 37. 40. Ueber querela inoff. donat. und vend. sind zu vergleichen Curtius Handb. III. §. 1352. und die das. not. a. angef. Rechtslehrer; Thierfeld §. 15. 16. Ob durch Uebertragung eines Grundstücks unter Vorbehalt des Auszugs eine Verletzung des Pflichttheils veranlaßt worden sey, kann nur dadurch ausgemittelt werden, daß man den Werth des Auszugs und der sonstigen von dem Acquirenten unternommenen Gegenleistungen ausmittelt und diesen mit dem Betrag des übrigen Vermögens des Veräußernden vergleicht. Was den Letztern betrifft, so muß derselbe nach einem doppelten Moment fixirt werden; nach dem Moment der Uebereignung und nach dem Moment des Todes. Der erste

Moment bedingt das Daseyn einer Verletzung an sich. War damals keine Verletzung vorhanden, so ist querela inofficiosi gänzlich ausgeschlossen. Dies namentlich auch in dem Fall, wenn der Acquirent glücklich genug gewesen seyn sollte, den bedungenen Auszug nur auf kurze Zeit, vielleicht nur auf Monate, Wochen und Tage gewähren zu müssen, weil binnen dieser Zeit der Auszügler starb. So entschied der Schöppenstuhl in Sachen K. ... H. 1828. Im Gegentheil wenn zur Zeit der Uebereignung der Pflichttheil verletzt ward, kann es dem Acquirenten eigentlich nichts nützen, wenn er durch Gewährung der Auszugsprästanda für einen unerwartet langen Zeitraum ein größeres Aequivalent der Uebereignung prästirte, als beabsichtiget worden seyn mochte. Der Betrag des Vermögens in dem zweiten Moment kann die in dem ersten Moment herbeigeführte Verletzung in dem Pflichttheil unschädlich machen oder doch mindern; wenn in der Zwischenzeit der Auszügler an Vermögen so viel gewonnen hat, daß dadurch das dem Pflichttheil Entzogene gedeckt oder doch vermindert wird. Es fragt sich übrigens, ob und in wie weit der Acquirent, wenn er auf die gegen ihn angestellte querela inoff. unterliegt, die wirklich geleisteten Auszugsprästanda in Anrechnung zu bringen berechtigt sey? Daß, wenn der Verlust des Prozesses die Restitution der veräußerten Sache zur Folge hat, der Beklagte die wirklich geleisteten Auszugsprästationen auf die Nutzungen, zu deren Erstattung er nach Boehmer. de actt. II. 4. §. 45. ebenfalls gehalten ist, abrechnen könne, leidet wohl keinen Zweifel. Allein nach der gemeinen Meinung, vgl. Curtius a. a. O. §. 1355. hat querela inoff. nie gänzliche Rescission der Veräußerung, sondern nur Ergänzung des Pflichttheils zur Folge. Hier kann von einer besondern Vergütung der geleisteten Auszugsprästanda nicht die Rede seyn, sondern der Beklagte muß sich begnügen, daß auf die Auszugsprästanda bei Ausmittelung des Werths des Auszugs Rücksicht genommen worden ist. Hat der Auszug die Eigenschaft der Alimente, so ist nach Bauer. resp. 146. L. 1803. querela inoff. ausgeschlossen. Eine Anfechtung

des Vertrags von Seiten der Notherben des Acquirenten, ist nur unter der Voraussetzung eines Scheingeschäfts denkbar. Vgl. Curtius Handb. III. §. 1356. 1357. Eben so aber, wie eine querela inofficiosi der Notherben läßt sich eine actio Pauliana der Gläubiger denken, durch welche ein mit dem Vorbehalt des Auszugs abgeschlossener Uebereignungsvertrag angefochten wird. Vgl. Henne diss. l. §. 9. l. 1. §. 2. l. 2. 3. 4. 5. l. 25. §. 1. D. quae infr. credd.

8) Der Fall, in welchem bei einer titulo oneroso erfolgten Uebertragung eines Grundstücks Auszug vorbehalten wird, ist der, in welchem man den Auszug als Aequivalent für den nicht voll gezahlten Kaufwerth, als pars pretii non soluti ansehen kann, vgl. Klingner Dorf- u. Bauernr. I. §. 195. Zachariae qu. XXI. n. 6. Curtius Handb. §. 282. not. d. Haubold s. P. R. §. 463. u. Reinhardt Ordn. d. Gläub. §. 108. Gottschalk disc. III. 19. S. 248., womit not. 3. zu gegenw. §. zu verbinden. Eine Ansicht, mit welcher man besonders den Vorzug zu rechtfertigen sucht, den man den rückständigen Auszugsprästationen im Concurs beilegt. Am häufigsten ist es ein Kaufcontrakt, durch welchen ein Grundstück mit Vorbehalt des Auszugs übertragen wird; und von diesem spricht vorzugsweise das schon mehrmals angeführte sächs. Mand. vom 28. Febr. 1726. Den Fall des vorbehaltenen Auszugs bei dem Tauschvertrag erwähnt Krause III. §. 5. als eine Seltenheit. Wenn dem, dem der Auszug vorbehalten worden ist, ein anderes Grundstück in Tausch gegeben wird, so hat das, namentlich bei Personen vom Bauernstande, die Folge, daß die Veränderung des persönlichen Zustandes, welche in Ansehung andrer Auszügler eintreten, ausgeschlossen wird. Auch bei einer datio in solutum, welche in der Regel als Kauf zu behandeln ist, kann Vorbehalt des Auszugs vorkommen. Krause l. l.

9) l. 28. 35. §. 5. D. de donat. l. 8. C. de rer. permut. Runde II. §. 24. Krause l. l. Daß der Vorbehalt des Auszugs die Natur der Schenkung nicht verändere, aus

einem lucrativen Geschäft nicht ein lästiges mache, bemerkt der erstere; vgl. l. 1. C. de don. quae sub mod. Nur in dem Fall, wenn die Auszugsprästationen, welche als Gegenleistung angesehen werden können, von solcher Erheblichkeit sind, daß sie das lucrum, welches durch die Schenkung beabsichtiget wird, aufwiegen, läßt sich das Gegentheil annehmen. Dies ist denn eine quaestio facti, welche ebenfalls die Nothwendigkeit der Abschätzung des Auszugs herbeiführt. Das Eigenthümliche des bei einer Schenkung vorbehaltenen Auszugs beruhet auf der Möglichkeit einer einseitigen Revocation von Seiten des donator.

10) Daß aleatorische Verträge, zu welchen auch der Vertrag gehört, durch welchen ein Grundstück mit Vorbehalt des Auszugs übertragen wird, wegen Verletzung nicht angefochten werden können, ist die gemeine Meinung. Vgl. Glück XVII. §. 1030. Overbeck IV. med. 217. Wenn man dafür anführt, daß der Gegenstand eines solchen Vertrags etwas Ungewisses und daher ein pretium certum nicht gedenkbar sey, so wird dies durch die Möglichkeit einen ungefähren Werth des Auszugs auszumitteln, nicht beseitiget. Denn es muß mit Leyser. sp. 205. med. 6. Biener. qu. 29. bezweifelt werden, daß die Möglichkeit einer solchen ungefähren Preisbestimmung Anwendung der l. 2. C. de resc. vend. gestatte. Dies um so mehr, als die Wirklichkeit der Verletzung immer ungewiß bleibt, und durch die Möglichkeit, den Werth des Auszugs mit Hülfe die Wahrscheinlichkeitsrechnung zu fixiren, nicht ersetzt werden kann, wenn die Rede davon ist, ein contractmäßiges Verhältniß aufzulösen. In der That wird l. 68. D ad L. Falcid. zu diesem Zweck nicht angewendet. Außerdem gilt, was bei andern gewagten Contrakten als Grund die Anwendung der l. 2. C. de resc. vend. auszuschließen angeführt wird, daß die Contrahenten die Möglichkeit der Läsion vorhergesehen haben, auch hier; wobei aber freilich vorausgesetzt werden muß, was indeß keinem erheblichen Zweifel unterliegt, daß auf das remed. ex d. l. 2. verzichtet werden könne, vergl. Glück a. a. O. S. 84. n. 6. Die meisten Rechtslehrer

nehmen daher an, daß ein oneroser Contrakt, bei welchem Auszug vorbehalten worden ist, weder von den Acquirenten des Grundstücks, noch von dem Uebertragenden oder dessen Erben wegen enormer Verletzung angefochten werden könne; Struber v. B. IV. 126. Hommel. obsc. 114. u. 214. Curtius Handb. §. 1300. n. 7. Thierfeld §. 15. Biener. qu. 29. Mirus IV. 11. Namentlich wird den Erben des Auszugsberechtigten, der nur ganz kurze Zeit die Auszugs-Emolumente genossen hatte, dies abgesprochen, bei Biener a. a. O. Wenn insbesondere das Grundstück von Eltern an eins ihrer Kinder überlassen worden ist, so ist nach der gemeinen Meinung hier ohnehin zwar nicht querela inofficiosi, wohl aber remed. ex l. 2. C. de resc. vend. ausgeschlossen; vgl. Curtius a. a. O. not. n. Inzwischen nehmen gleichwohl Runde II. 78. Waldeck Controversenentscheidung des gemeinsch. Oberapp. Gerichts zu Wolfenbüttel Braunschw. 1827. n. 15. die Möglichkeit einer Rescission des Uebereignungsvertrags ob laesionem enormem an. Der zuletzt genannte Gelehrte wenigstens für den Auszugsberechtigten oder dessen Erben, in dem Fall, wenn sich übersehen läßt, daß derselbe auch abgesehen von der ungewissen Dauer des Auszugs und mit Rücksicht auf die möglichst längste Lebensdauer des Berechtigten enorm verletzt worden sey, was namentlich dann eintreten würde, wenn die Auszugsprästanda aus dem Ueberschuß der Nutzungen des Grundstücks sich bestreiten lassen, während das eigentliche Aequivalent nicht einmal die Hälfte von dem wahren Werth des abgetretenen Grundstücks erreicht. Beide jedoch unter Voraussetzung, daß das Daseyn der Läsion nach der Zeit des abgeschlossenen Contrakts nicht nach zufälligen Ereignissen, welche später Statt gefunden haben, beurtheilt werden müsse.

11) Man nimmt allgemein an, daß Vorkauf oder Retract nicht ausgeübt werden könne, wenn der Kauf von dem Verkäufer mit besonderer Rücksicht auf die Person des Käufers abgeschlossen worden ist. Walch Näherrecht I. 3. 2. §. 10. §. 26. ff. Eichhorn d. P. R. §. 102. Mit-

termaier d. P. R. §. 197. a., woraus man denn folgert, daß, wenn der Verkäufer bei Abschluß des Verkaufs Verpflegung sich bedungen habe, das Vorkaufs- oder Rétractsrecht ebenfalls ausgeschlossen sey; vgl. Overbeck VIII. Med. 429. Mittermaier a. a. O., und in sp. von dem Fall der anticipirten Erbfolge §. 198. Von dem Auszug insbesondere. Runde I. §. 68. Kind II. qu. 6., welche mit Recht die Natur der Auszugsprästanda beachtet und demnach den Retract nur dann ausgeschlossen wissen wollen, wenn darunter ein Recht der Cohabitation oder Leistung wie Pflege, Wartung, Kost an des Käufers Tische bedungen sind. Ist der Retract oder der Vorkauf statthaft, so muß ohne Zweifel der, welcher dieses Recht ausübt, auch die Verpflichtung zu Gewährung des Auszugs über sich nehmen. Walch Näherrecht I. 3. 7. §. 1. 2. 13.

12) Weniger als richterliche Bestätigung kann nicht geschehen, um gewissen Verpflichtungen die Eigenschaft einer Reallast zu verschaffen. An den Orten, wo es Grundbücher giebt, in welchen die auf einem Grundstück ruhenden Lasten verzeichnet sind, ist auch die Annotation in diese Grundbücher erforderlich. Daß in Sachsen gerichtliche Bestätigung und Consentirung erforderlich sey, läßt sich aus C. P. O. XLII. 8. abnehmen, da, wie bereits oben bemerkt worden ist, diese Stelle eben sowohl von unableglichen als von ableglichen Zinsen zu verstehen ist. Hierzu kommt, daß sogar von einem Realrecht von minderer Wichtigkeit, dem Pfandrecht, ebenfalls Confirmation und Consens des Richters erfordert wird. Man könnte einwenden, daß zu Constituirung eines Auszugs nicht einmal gerichtliche Bestätigung erforderlich sey, da nach der in der sächs. Praxis angenommenen Meinung dieselbe auch zu Constituirung einer Servitut nicht erfordert wird. Allein was von der Constituirung eines Rechts, dem seiner Natur nach nur eine negative Verpflichtung, ein pati oder non facere entgegensteht, angenommen wird, das ist nicht ohne Weiteres auf den Auszug anzuwenden, wenigstens dann nicht, wenn derselbe auch positive Verpflichtungen ad dandum oder faciendum in sich begreift.

13) Hier liegt eine Art Rentenkauf vor, der jedoch das Eigenthümliche hat, daß er auf Seiten des Verkäufers nicht ableglich ist. Daß auch hier eine Rescission wegen laesio enormis ausgeschlossen sey, läßt sich aus der Natur des aleatorischen Vertrags ebenfalls rechtfertigen. Nach der oben angeführten Meinung von Waldeck würde nur der Auszügler ein Recht Rescission zu verlangen unter Umständen haben, aus welchen eine Läsion hervorginge, selbst wenn die Prästationen als eisern oder ewig angesehen werden könnten.

14) Eine solche Vereinigung gilt als Schenkung; vgl. l. 27. 32. D. l. 35. §. 1. 3. C. de donat. Mag aber auch der Auszug titulo oneroso oder lucrativo constituiret worden seyn, so behält er dennoch als Auszug in der Regel die Eigenschaft, daß er durch den Tod dessen, dem er constituiret worden ist, aufhört, wenn er gleich auf eine bestimmte Zeit constituiret worden seyn sollte und vor Eintritt dieses Zeitpunkts das Ableben des Auszüglers erfolgt.

15) Einen solchen Fall s. bei Gottschalk I. 9. a. b., in welchem man freilich annahm, daß der nach Uebereignung des Grundstücks verhandelte Vertrag nicht geeignet sey, Auszug mit der Wirkung einer Reallast zu begründen.

§. 6.

Der durch letztwillige Verfügung bestellte Auszug gilt als **reservatus** oder **constitutus**, je nachdem derselbe an der eignen Sache des Disponirenden oder an der Sache eines Dritten bestellt wird [1]). Die Verfügung selbst ist entweder eine einseitige widerrufliche, vermöge deren der Auszug immer zu Gunsten eines andern als des Disponirenden bestellt wird [2]), und dann gewöhnlich als Legat, Fideicommiß, **donatio mortis caussa** [3]) erscheint, oder eine unwiderrufliche, ein Erbvertrag [4]). Jedenfalls erlangt aber auch hier der Aus-

zug die Eigenschaft eines **onus reale** erst durch richterliche Confirmation [5]).

1) Daß der Auszug durch letztwillige Verfügung bestellt werden könne, läßt sich nicht bezweifeln; vgl. Krause III. 8. Wernher III. 3. Mirus III. 2. Runde II. 25. In Sachsen das Erbges. vom 31. Jan. 1829. §. 80. Ein Beispiel eines durch letztwillige Verfügung bestellten Auszugs s. bei Klingner a. a. O. Beil. 215. Wer durch letztwillige Verfügung an seiner eignen Sache einen Auszug bestellt, der will, daß diese Sache auf den Erben, oder den, welchem sie beschieden worden ist, nicht anders als mit der Last des Auszugs übergehe. Dieser Fall ist also dem des bei einem Uebereignungsvertrag vorbehaltenen Auszugs analog, während der andre Fall, wenn der Auszug an der Sache eines andern, der natürlich nur durch Annahme eines in der letztwilligen Verfügung beschiedenen Vortheils zu Bestellung des Auszugs genöthiget werden kann, bestellt worden ist, dem Fall des durch Vertrag constituirten Auszugs sich nähert. Etwas Aehnliches gilt bei dem legatum ususfructus, usus et habitationis, bei welchem aber dann, wenn der ususfr. in re propria des Testirers bestellt wird, eine doppelte Form der Bestellung gedenkbar ist, durch Deduction, wenn die Sache deducto usufructu einem Dritten beschieden wird, in welchem Fall der oneratus als usufructuarius gilt; oder so, daß dem Dritten der ususfructus bestellt wird, was man auch constituere usumfructum im Gegensatz von deducere nennt. Vgl. Gaius Inst. II. 32. Fragm. vatican. 50. 51. 33. l. 6. pr. l. 32. 36. §. 1. l. 54. D. de usufr. l. 19. 26. pr. D. de usufr. leg. l. 4. D. si ususfr. pet. Auch bei dem Auszug, in sofern derselbe Prästationen, wie usus-fructus, usus, habitatio enthält, kann dieser Unterschied vorkommen, der indeß, nachdem durch Iustinian. l. 14. C. de usufr. eine alte Controverse beseitiget worden ist, welche in den Fall des fundus deducto usufructu legatus

Statt gefunden hatte, K. z. T. von keiner practischen Bedeutung seyn möchte.

2) Hierdurch unterscheidet sich der Auszug, welcher durch letztwillige Verfügung bestellt wird, von dem durch Vertrag bestellten. Der, welcher durch den in einer letztwilligen Verfügung bestellten Auszug bedacht wird, kann sowohl der Erbe selbst, als auch ein Dritter seyn. Das erstere freilich nur dann, wenn die Sache, welche mit dem Auszug belastet wird, wenigstens zum Theil einem Dritten zusteht. Also a) wenn der Auszug an der einem Dritten zugehörigen Sache constituiret wird, b) außerdem, wenn entweder Miterben vorhanden sind, denen die belastete Sache gemeinschaftlich zufällt; oder das Grundstück mit der Last des Auszugs einem Dritten beschieden wird. §. 1. I. de usufr.

3) Beispiele von Legaten und Fideicommissen, welche auf jährliche Leistungen sich beziehen, bieten die Pandectentitel: de annuis legatis et fideicommissis; ingleichen de alimentis legatis zur Gnüge dar. Ueber donatio m. c., welche dergleichen Leistungen zum Gegenstande hat, s. l. 34. 35. §. 7. D. de mort. c. don. Auch das sächs. Recht spricht von einem reservatum oder Auszug bei Schenkungen, c. 2. p. III., aber freilich in einem andern weitern Sinne als dem, in welchem hier von Auszug die Rede ist. Die const. versteht nämlich unter Auszug denjenigen Theil des Vermögens, welchen bei einer donatio omnium bonorum der donator zur Disposition sich vorbehalten hat. Die legata und fideicommissa annua des röm. Rechts haben mit dem Auszug das gemein, daß sie mit dem Tode desjenigen aufhören, welchem sie beschieden worden sind, l. 4. 8. 12. D. de ann. leg. l. 20. 26. §. 2. D. qu. dies leg. l. 16. §. 1. D. de V. O. Sie hatten aber, wie bereits §. 1. not. 2. bemerkt ward, auch noch die Eigenthümlichkeit, daß sie als legatum multiplex galten, d. h. die mit dem Wiederkehren jedes einzelnen Zeitabschnitts fällige Leistung als ein besonderes Legat angesehen ward. l. 4. 11. D. de ann.

leg. l. 10. 11. 23. D. qu. dies leg. l. 1. §. 16. D. ad L. Falc. d. l. 16. §. 1. D. de V. O., was auch bei dem ususfr. legatus dann galt, wenn er in annos singulos hinterlassen worden war, l. un. pr. D. qu. dies ususfr. Die Folge davon war, daß dies cedens legati vel fideicommissi mehrmals eintrat und eine eingetretene incapacitas von Seiten des Legatars das Legat nicht gänzlich erlöschen machte. Anders war dieß bei annuis praestationibus, welche durch Vertrag versprochen worden waren, l. 16. §. 1. D. de V. O., wenigstens dann, wenn von wiederkehrenden Leistungen mit unbestimmter Dauer die Rede war; vgl. die §. 1. not. 2. angef. l. 140. §. 1. D. de V. O. Die donationes m. c. standen wenigstens nach dem Pandectenrecht den Verträgen gleich, d. l. 34 35. §. 7. D. de m. c. don., während Zweifel entsteht, ob l. 2. C. comm. de leg. in dieser Beziehung etwas geändert habe? Ob diese Verschiedenheit zwischen Legaten und Fideicommissen auf der einem und Verträgen auf der andern Seite noch heut zu Tage in Betracht komme? das ist die Frage. Der in dem römischen Recht enthaltenen Bestimmung in Ansehung der Legate, lag die Absicht zu Grunde, das Legat oder Fideicommiß, welches zu erlangen auf Seiten des Legatars oder Fideicommissars Capacität auch zur Zeit des dies cedens erfordert ward, möglichst zu erhalten. Diese Rücksicht ist heut zu Tage, wo die Gründe, welche Incapacität bewirken, so sehr zusammen geschmolzen sind, daß man eigentlich von einer Unfähigkeit, Legate und Fideicommisse zu erwerben gar nicht weiter sprechen sollte, nicht mehr zu nehmen. Indeß das Argument von dem Wegfall des Grundes einer Bestimmung auf den Wegfall der Bestimmung selbst, bleibt immer etwas bedenklich. Mehr scheint für die Gleichstellung der Legate und Fideicommisse mit Verträgen nach sächs. Recht aus c. 2. p. II. zu folgen; indem hier für die praescriptio annuorum redituum eine Bestimmung aufgestellt wird, welche sowohl für legirte als für vertragsmäßig bestellte annuos reditus gilt. Es ist aber auch hier zu bemerken, daß schon l. 7. §. ult. C. de

praesc. 30. vel 40. ann. in Bezug auf Verjährung praestationes, quae dationem per singulos annos vel menses aut aliquod singulare tempus continent, sie mögen ex legatis sive ex promissionibus et obligationibus herrühren, gleichstellt, und daß die Bestimmungen des römischen und sächsischen Rechts nur in den Bestimmungen über Verjährbarkeit des ganzen Rechts auf annuas praestationes, welche das erstere anerkennt, während das letztere sie auszuschließen scheint, abweichen. Noch kann die Frage aufgeworfen werden, ob der Auszug, der dem Erben beschieden worden ist, als erworben titulo institutionis anzusehen sey, oder nur als Legat gelte? Das erste läßt sich nur dann annehmen, wenn ein zur Erbmasse gehöriges Grundstück deducto usufructu einem Miterben beschieden oder einem andern legirt worden ist. Daß man quoad usumfructum zum Erben eingesetzt werden könne, ist nicht zu bezweifeln; vgl. l. 74. D. de haer. inst. und dazu Glück IX. §. 632. S. 182. Wäre der ususfructus deductus das einzige dem Erben beschiedene Emolument, so wäre eine institutio in re certa vorhanden, bei welcher die Frage entsteht, ob der Instituirte als Erbe und nicht vielmehr als Legatar zu behandeln sey? Vgl. Kind II. 61.

4) Insbesondere durch Ehepacten; vgl. Berger. oec. II. 3. 24. not. 5.

5) Ausdrückliche Bestimmungen hierüber hat wenigstens die sächsische Gesetzgebung nicht aufzuweisen, wenn gleich die Rechtslehrer einverstanden sind, daß Auszug durch letztwillige Verfügung bestellt werden könne. Wernher I. 3. Krause III. 8. Runde II. 25. Mirus III. 2. Es kann daher nur von einer analogen Anwendung des Mand. v. 1726. und der E. P. O. XLII. 8. die Rede seyn. In Ansehung des legirten Auszugs enthält was den dies cedens betrifft, das römische Recht für legat. annua, ingleichen für den ususfructus, usus et habitat. Bestimmungen, welche von der Regel abweichen, zu Folge deren bei

Legaten, welche pure oder ex die certo hinterlassen worden sind, dies cedens sogleich mit dem Tode des Erblassers eintritt. Was legata annua betrifft, so tritt dies cedens mehrmal, und zwar mit dem Anfange jedes der bestimmten Zeiträume: der erste aber mit dem Augenblick des Todes ein, l. 12. pr. §. 1—4. 6. D. qu. dies leg. l. 1. C. ib. Dies gilt aber nur von eigentlichen legatis annuis, bei welchen die einzelnen Leistungen selbstständiger Natur nicht als Theile eines Ganzen zu betrachten sind; d. l. 12. §. 4. l. 26. §. 2. D. qu. dies leg. Was servitutes personales anlangt, so trat dies cedens erst ab adita haereditate ein, l. un. D. qu. dies ususfr. leg. l. 2. 3. 9. D. qu. dies leg., wenn nicht der ususfr. in annos singulos hinterlassen worden war, in welchem Fall ebenfalls, wie bei legatis annuis, ein mehrfacher dies cedens, der erste jedoch mit dem Zeitpunkt des Erbantritts eintrat. Diese Bestimmungen sind auch in Sachsen noch für gültig anzusehen, wenigstens durch Dec. 12. v. J. 1746. nicht geändert. Denn diese hat nur einen terminus a quo für die eingeführten Legalzinsen legirter Geldsummen bestimmt, und denselben auch als den Zeitpunct bezeichnet, mit welchem die fructus legati, welche schon c. 13. p. III. dem Legatar zugesprochen hatte, zu gewähren sind. Hiermit ist im Ganzen einverstanden Bauer in der Erl. zu erw. decis. §. 6., ob er schon auch eine Abänderung der obenangeführten Bestimmungen über dies cedens bei dem ususfr. legatus in dem Gesetz zu finden glaubt. Indeß selbst das Letztere läßt sich nur in sofern annehmen, als nach der dec. 12. der terminus a quo für die Verzinsung und Gewährung der Früchte (daferne die decis. oder die ihr vorhergegangene const. auf den Fall, wenn nicht das Eigenthum, sondern ein ususfructus an einer Sache übertragen worden ist, zu beziehen seyn sollte) vor Eintritt des dies legati cedens und veniens, (welche hier, wenn nicht besondere factische Bestimmungen vorliegen, in dem Moment des Erbschaftsantritts zusammenfallen) Statt findet, so daß der nachher eingetretene dies cedens et veniens retro

wirkt. Wenn man übrigens, namentlich in Beziehung auf legirten Auszug, den dies tricesimus als den Tag bezeichnet, mit welchem legirte Auszugsprästanda eingeklagt werden können, so scheint dieß nicht ganz angemessen. Gar nicht dann, wenn vor dem 30. Tage noch kein Erbantritt erfolgt ist. In dem entgegengesetzten Fall nur dann, wenn man den Bestimmungen der decis. die Idee der mora zu Grunde legt. Eine Annahme, welche vor allen Dingen näher zu begründen seyn würde, ohne welche aber ein Recht zu klagen, wenn auch nicht ein Recht Zinsen zu fordern, schon von Zeit des Erbantritts eintritt. In Sachsen kann in Betreff des durch Legat oder Fideicommiß hinterlassenen Auszugs auch noch die Frage entstehen, in wiefern hier die Disposition der C. P. O. XLV. 4. Platz greife? Obschon das begründete Recht des Auszugs als onus reale ein stärkeres Recht ist, als bloße Hypothek, so hindert doch nichts, dasselbe, ehe es bestellet wird, durch Hypothek sicher zu stellen. Diese Hypothek an dem Grundstück selbst zu bestellen, welches mit dem Auszug belastet werden soll, ist ganz in der Ordnung und der Honorirte kann und wird sich dabei beruhigen, wenn nicht etwa auf demselben Grundstück gleichzeitig auch andere Posten hypothekarisch versichert worden sind, in welchem Fall er freilich eine Collision seines dinglichen Rechts mit dem des andern zu fürchten hat.

§. 7.

Die Wirkungen des bestellten Auszuges äußern sich zunächst in dem Obligationsverhältniß, welches zwischen dem Auszugsberechtigten und dem Besitzer des belasteten Grundstücks bestehet[1]). In diesem Obligationsverhältniß giebt es in der Regel bloß Rechte, keine Verbindlichkeiten auf Seiten des Auszüglers[2]), wenn nicht dergleichen Verbindlichkeiten aus der eigenthümlichen Beschaffenheit gewisser dem Auszügler zugestandenen Emolumente flie-

ßen [3]) oder ausdrücklich bedungen worden sind [4]), obwohl der Auszugsberechtigte aus dem, was der Bestellung des Auszugs vorhergegangen ist, verpflichtet seyn kann. Uebrigens sind die Rechte des Auszüglers nach Beschaffenheit der verschiedenen Auszugsemolumente verschieden.

1) Ein solches Obligationsverhältniß besteht auch bei dem ususfructus, usus, der habitatio und selbst bei der servitus realis; wenn gleich in dem römischen Recht bei diesen Instituten mehr die Seite, nach welcher sie als Realrecht erscheinen, hervorgehoben, und daher auch von keiner Contraktsklage, sondern nur von der actio confessoria und negatoria die Rede ist. Die erstere Klage steht dem Inhaber des dinglichen Rechts selbst gegen den Eigenthümer zu l. 5. §. 1. D. si ususfr. pet. l. 2. pr. l. 6. §. 3. D. si serv. vind.

2) Der Auszügler ist also in der Regel nicht gehalten a) den Auszug in dem Gute zu verzehren, b) dem Grundstücksbesitzer Dienste zu leisten; Hagemann Erört. VII. 51. S. 171. Runde II. 81. Doch wird, was das erste betrifft, bei den auf den Colonat gegründeten Auszug dem Auszügler, welcher das Gut verläßt, statt des Naturalauszugs nur eine billige Entschädigung zugestanden; vgl. Overbeck Med. VII. 383. Eben so wenig läßt sich c) annehmen, daß eine Ehefrau, welche auf den ihr bedungenen Auszug Anspruch macht, das Recht verliere, ihre illata zu repetiren; Krause IV. 4. und das das. angef. Urthel der Leipz. Jur. Fac. Struben r. Bed. III. 100. IV. 152. Biener. qu. 25. Thierfeld §. 42. Mirus IV. 6. A. M. ist was den auf dem Colonat beruhenden Auszug betrifft, Runde II. 22. In Sachsen konnte nach ältern Recht jene Ansicht wegen dessen, was const. 42. 44. p. II. und dec. 55. v. Jahr 1661. über das einer Ehefrau bestellte dotalitium verordnet, allerdings bezweifelt werden; allein diese Zweifel erledigen sich durch die Be-

stimmung des Erbgesetzes v. 31. Jan. 1829. §. 77. Daß die Ehefrau in die erwähnte portio statutaria auch den ihr beschiedenen Auszug sich einrechnen lassen müsse, vertheidigte nach c. 20. p. II. Hommel. obs. 741. Nach dem neuen Erbgesetz §. 79. 80. verliert dieselbe das Erbrecht ganz, wenn ihr mit ihrer Bewilligung Etwas, und namentlich ein Auszug auf den Todesfall bestimmt worden ist. Daraus folgt, daß in jedem Fall die Witwe den ihr ausgesetzten und angenommenen Auszug in den aus dem Nachlaß des Ehemannes ihr gebührenden Erb- oder Pflichttheil sich einrechnen lassen müsse. Auch hier ist demnach ein Fall, in welchem Abschätzung des Auszugs erfolgen muß.

3) Wie z. B. in dem Fall, wenn dem Auszügler ein Haus, oder ein andres Grundstück zur ausschließlichen Benutzung überlassen worden ist, die Pflicht Abgaben zu erlegen, Reparaturkosten zu tragen.

4) Also: wenn er bei dem vorbehaltenen Auszug das Grundstück nicht in der versprochenen Maße übergeben hat; oder wenn bei constituirtem Auszug das dafür bedungene Aequivalent nicht gehörig geleistet worden ist. In beiden Fällen kann dem von Seiten des Auszüglers erhobenen Anspruch exceptio non adimpleti contractus entgegengesetzt werden.

§. 8.

Die erste Classe der Emolumente, welche unter dem Auszug begriffen seyn können, enthält solche Rechte, welche der Auszügler an einer gewissen Sache unmittelbar auszuüben befugt ist. Rechte, welche unter den Begriff **usus fructus**, **usus**, **habitatio** zusammengefaßt werden. Auf diese Rechte, etwa mit Ausnahme der **habitatio** sind in der Regel die Grundsätze anwendbar, welche das gemeine Recht in Beziehung auf die persönlichen Servituten der genannten Art aufstellt [1]), nur

daß man hierbei Wegfall der **cautio usufructuaria** annimmt [2]). Dergleichen Rechte übt nun der Auszügler entweder ausschließlich oder gemeinschaftlich mit dem Eigenthümer aus [3]). Die Sache, an welcher diese Rechte ausgeübt werden, ist entweder das Grundstück selbst, jedoch in dem Fall, wenn dem Auszügler ein ausschließliches Recht zusteht, dies nur unter der Voraussetzung, daß dem Eigenthümer mehr als die bloße Proprietät an dem Grundstück verbleibt [4]); oder eine Sache, welche entweder zu dem Grundstück gehört oder doch in demselben befindlich ist [5]). Eine solche Sache kann Gegenstand des dem Auszügler zustehenden Rechts ein für allemal und für die ganze Dauer des Auszugs seyn [6]). Es läßt sich aber auch denken, daß der Gegenstand des dem Auszügler zukommenden Rechts wechselt, demselben in gewissen wiederkehrenden Zeitabschnitten eine andre Sache angewiesen wird [7]). Diese eben erwähnte Modification des dem Auszügler zustehenden Rechts ist eben so wie die Bestimmung, daß dem Auszügler nur ein Recht des Mitgebrauchs oder der Mitbenutzung zusteht, von Einfluß auf manche Rechte und Verpflichtungen des Auszüglers [8]). Es können übrigens auch dem Auszügler Nutzungs- und Gebrauchsrechte an einer Sache eingeräumt werden, welche noch nicht vorhanden, sondern erst anzuschaffen, oder, wie Gebäude, herzustellen ist. Wer in einem solchen Fall die Kosten der Anschaffung zu tragen habe, das hängt von den besondern Bestimmungen der Uebereignung ab; indeß bleibt in der Regel nach beendigtem Auszug die angeschaffte Sache dem Eigenthümer des Grundstücks [9]). Das Recht, Abtretung der zu dem Gebrauch oder zu der Benutzunng des Auszüglers bestimmten Sache zu fordern, tritt in allen Fällen, in de-

nen dieselbe nicht, vermöge Vorbehalts, in dem Besitz des Auszüglers, als bisherigen Eigenthümers, verblieben ist, in der Regel sofort mit Abschluß des Contracts oder bei einem legirten Auszug mit Antritt der Erbschaft und nach Ablauf des 30. Tages ein, was indeß in dem Fall, wenn der Gegenstand des Benutzungsrechtes wechselt, oder erst hergestellt werden soll, Abänderung erleidet. [10]).

1) Auf das Wohnungsrecht des Auszüglers sind die Grundsätze des r. Rechts über habitatio wenigstens nicht ohne Einschränkung anzuwenden. Darüber das Nähere unten. Abgesehen davon sind die Grundsätze des r. Rechts anwendbar, um auf der einen Seite die Pflichten, auf der andern die Rechte des Auszüglers zu bestimmen. Denn in Ansehung von Auszugsemolumenten der hier in Frage stehenden Art, liegt offenbar ein Verhältniß vor, in welchem der Auszügler nicht bloß berechtiget, sondern auch verpflichtet ist. Was A) die Pflichten des Auszüglers betrifft, so unterliegt es keinem Zweifel, daß auch der Auszügler die ihm zur Benutzung oder zum Gebrauch angewiesene Sache pfleglich benutzen, und deshalb nicht bloß dolum, sondern auch culpam prästiren müsse, l. 65. pr. D. de usufr. l. 1. §. 3. 7. l. 3. l. 11. D usufr. quem adm. cur.; daß er ferner die angewiesene Sache nicht wesentlich verändern oder zu andern Zwecken, als zu welchem sie entweder ihrer Natur nach bestimmt, oder ihm überlassen worden ist, benutzen dürfe; l. 7. in fin. l. 8. l. 18. §. 4. D. de usufr. l. 12. §. 4. l. 15. in fin. l. 16. §. 1. l. 22. D. de usu et hab. A. M. scheint, was das Letztere betrifft, Zachariae qu. XXI. §. 1. wobei aber jedenfalls vorausgesetzt werden müßte, daß durch den Gebrauch zu andern als den bestimmten Zwecken die Sache selbst nicht wesentlich verändert werde. Bisweilen ist die Art der dem Auszügler eingeräumten Benutzung ausdrücklich bestimmt; namentlich bei der Benutzung von Feldstücken, die Art der Früchte, welche der Auszügler darauf gewinnen soll. Am häufigsten kommt dies in der Form vor, daß dem Auszügler jährlich ein

Stück Feld zu dem Anbau von Getreide und Sömmerungsfrüchten, wie Kartoffeln, Erbsen, Lein, u. dgl. angewiesen wird. Auch wegen des bei Benutzung und Gebrauch der Sache erforderlichen Aufwands bleibt es bei der allgemeinen Regel, nach welcher der Aufwand, welcher unmittelbar auf Erlangung des beabsichtigten Nutzens sich beziehet, wie z. B. bei dem ususfructus, zu Erlangung der Früchte, von dem Berechtigten, hier dem Auszügler, übertragen werden muß; einer Regel, die schon durch eine andere; penes quem sunt commoda, penes eundem debent esse incommoda, hinreichend gerechtfertiget wird, noch mehr Bestätigung aber dadurch erhält, daß auch ein zu Erhaltung der Sache nöthiger Aufwand, wenn er mäßig ist, d. h. namentlich bei dem ususfructus den Ertrag der Nutzungen nicht übersteigt, von dem Berechtigten bestritten werden muß, l. 7. §. 2. D. de usufr. l. 18. D. de usu et hab., wenn dieser es nicht vorzieht, sein Recht aufzugeben, l. 48. pr. l. 64. D. de usufr. Nur die durch sein eignes factum herbeigeführten Schadhaftigkeiten hat der Berechtigte allein zu übertragen, l. 65. D. de usufr., was auch in Ansehung der durch den Gebrauch veranlaßten Mängel aus der Pflicht des pfleglichen Gebrauchs folgt. Was den übrigen zu Unterhaltung und Verrechtung der Sache erforderlichen Aufwand betrifft, so sind die Grundsätze bei den verschiedenen Arten der persönlichen Servituten nicht ganz dieselben. Hier gnüge es daher, im Allgemeinen zu bemerken, daß eine Befreiung von dergleichen praestandis bei dem Act der Bestellung des Auszugs durch ausdrückliche Verabredung bestimmt werden kann. Vgl. l. 46. §. 1. l. 47. 52. D. de usufr. Ob man daraus, daß der Auszug ausdrücklich ad alimenta bestellt worden ist, folgern könne, daß der Auszügler völlig frei von allen oneribus bleiben müsse? wie man aus dem Satz: daß alimenta frei von aller Belastung bleiben müssen; folgert, steht noch dahin. Jener Satz scheint eigentlich gültig nur für den Fall, wenn Alimente aus einer angewiesenen Sache von dem Verpflichteten prästiret, nicht von dem Berechtigten unmittelbar erhoben werden sollen. In einem Falle, wie dem letztern, kommt

Alles auf die Umstände an; und bloß, wenn die zu gewinnenden fructus zu einer den Verhältnissen angemessenen Verpflegung des zu Versorgenden nur eben hinreichen, oder nicht einmal ausreichen, läßt sich annehmen, daß der Berechtigte von allem Aufwand, der nicht die Erhebung der Früchte betrifft, frei bleiben müßte. Wenn dagegen dem Auszügler der freie ususfructus oder usus, die freie habitatio bedungen worden seyn sollte, so läßt sich allerdings annehmen, daß der Auszügler von allem zu Unterhaltung und Verrechtung der Sache erforderlichen Aufwand frei sey, sobald nur feststehet, ob die Bestellung des Auszugs als ein oneroses oder als ein lucratives Geschäft anzusehen sey. Denn wäre dies nicht, so bliebe der Ausdruck frei wenigstens zweideutig, d. h. man wüßte nicht, ob man denselben auf die Gegenleistung oder die Immunität von dem zu Unterhaltung oder Verwaltung der Sache erforderlichen Aufwand beziehen soll?

Was B) die Rechte des Auszüglers anlangt, so äußern sich diese vornehmlich in dem Befugniß, zu verhindern, daß seinem Recht an der Sache von dem Eigenthümer Eintrag geschehe l. 7. §. 1. l. 15. §. 6. 7. l. 16. 17. pr. D. de usufr. l. 15. §. 1. D. de usufr. hab. In dem Fall, wenn dem Auszügler ein ausschließliches Recht eingeräumt worden ist, folgt daraus das Befugniß, den Eigenthümer von dem Mitgebrauch und der Mitbenutzung auszuschließen. Bei den persönlichen Servituten des r. Rechts gilt das Recht den Eigenthümer auszuschließen auch dann, wenn der Berechtigte für sich selbst die Sache gar nicht oder nicht vollständig benutzen konnte oder wollte. In Ansehung des ususfr. versteht sich dies, was die eigentlichen Nutzungen betrifft, von selbst, folgt aber auch aus l. 7. p. D. de usufr. ingleichen l. 15. §. 1. l. 20. §. 1. D. de furt. Ueber usus u. habitatio vgl. l. 10. §. 4. l. 12. pr. l. 22. §. 1. D. de usu et hab. Es fragt sich, ob diese Bestimmungen in ihrer vollen Strenge auch auf den ususfructus ꝛc. anwendbar sind, welche bei dem Auszug vorkommen? Ein Grund, warum hier etwas anders gelten sollte, ist im Allgemeinen nicht aufzufinden, selbst dann nicht, wenn man annimmt, daß der Auszug loco

alimentorum bestellt worden sey, da die vertragsmäßig übernommene Pflicht zu Verabreichung von Alimenten nicht wie die ex lege herstammende als subsidiär anzusehen ist. Der Auszügler, welcher von dem ihm eingeräumten Benutzungsrecht der Sache keinen Gebrauch gemacht hat, erlangt aber deshalb in der Regel keinen Anspruch auf Entschädigung, selbst wenn er an der Benutzung (versteht sich nicht durch ein factum des Eigenthümers) behindert worden wäre, weil ein solcher casus in persona nur ihn allein trifft. Auch findet keine Art von Nachforderung statt, die überhaupt nur insofern gedenkbar ist, als das Benutzungsrecht nicht für die ganze Lebensdauer des Auszüglers eingeräumt worden war. Es fragt sich jedoch, ob in einem Fall, in welchem der Auszügler keinen Gebrauch von der Sache machen konnte oder wollte, nicht wenigstens dann gegen den Eigenthümer ein Anspruch auf Entschädigung statt finde, wenn dieser die Sache mittlerweile gebraucht hat? Dies zu bejahen, reichen weder die Regel nemo cum damno alterius debet fieri locupletior, noch die Grundsätze über versio in rem aus; denn der Voraussetzung gemäß ist der Gebrauch, den der Eigenthümer macht, dem Auszügler unschädlich; und der Nutzen, den er durch diesen Gebrauch erhält, wird nicht auf Kosten des Auszüglers erlangt. Nur insoweit als der Gebrauch, den der Eigenthümer gemacht hatte, den Gebrauch, welchen der Auszügler künftig zu machen berechtiget und gesonnen ist, beschränkt, scheint eine Klage des letztern auf Entschädigung nicht wegen des gezogenen Vortheils, sondern wegen des verursachten Nachtheils statthaft. l. 38. D. de usufr. leg. Abgesehen von dieser Voraussetzung ist nur von einem unschädlichen Nutzen, den der Eigenthümer erlangt, die Rede. Daß er diesen Nutzen anzusprechen kein Recht hatte, ja sogar auf dem Wege Rechtens verhindert werden konnte, macht das factum des Benutzens oder Gebrauchens noch nicht zu einem unerlaubten, und am allerwenigsten reicht es hin, einen Anspruch auf Abtretung des gewonnenen Nutzens, den der andre zu ziehen nicht Willens oder nicht im Stande war, oder eines Aequivalents dafür zu begründen.

Das Argument, welches man dagegen von dem Befugniß des Ehemannes zu entlehnen geneigt seyn dürfte, der die Nutzungen des inferirten Vermögens der Ehefrau, welche diese selbst gezogen hat, jedenfalls in Anspruch nehmen kann, entscheidet wegen der hier in Erwägung kommenden Eigenthümlichkeiten des ehelichen Verhältnisses nichts. Mehr als das bisher Gesagte läßt sich aber für den Eigenthümer nicht sagen; wenn man nicht etwa die Ansicht gelten lassen will, daß in einem Fall, in welchem der Auszügler von seinem Benutzungsrecht keinen Gebrauch macht, eine temporäre derelictio dieses Rechts vorliege, und demnach l. 16. D. quib. mod. ususfr. l. 4. D. si ususfr. pet. ingleichen l. 43. §. 4. 5. 6. 10. D. de furt. (wo freilich nur actio furti ausgeschlossen wird) analog anwendbar sey. Das, was l. 15. §. 2. l. 59. D. de furt. über den Commodans, der die res commodata an sich nimmt, gesagt worden ist, giebt nur ein sehr unsicheres Anhalten. Entscheidend würde dagegen für den Eigenthümer l. 25. §. 3. D. de usufr. seyn, wenn die daselbst aufgeworfene und bejahend beantwortete Frage: an id, quod fructuario acquiri non potest, proprietario acquiratur? allgemein zu nehmen, nicht vielmehr auf acquisitio per servum fructuarium zu beschränken wäre. Wie dem aber auch sey, so hat die Praxis wenigstens in dem Verhältniß des Auszugs die Billigkeits-Maxime, quod mihi prodest, et tibi non nocet, id fieri debet befolgt und dem gemäß angenommen, daß der Eigenthümer eine dem Auszügler angewiesene, von diesem nicht benutzte Sache für sich benutzen könne, ohne dem Auszügler deshalb zur Entschädigung gehalten zu seyn, sobald nur kein Verbot des Auszüglers entgegenstand, oder die künftige Benutzung des Auszüglers beeinträchtiget ward. Sollte man bedenklich seyn, dieselbe Maxime auf die selbstständig bestehenden Servituten des röm. Rechts, namentlich auf den ususfructus anzuwenden, so würde hiermit eine Verschiedenheit zwischen usufr. usus u. hab. als Auszugsemolument, und den röm. Personal-Servituten sich ergeben.

2) Die Germanisten älterer und neuerer Zeit lehren, daß nach

deutschem Recht bei dem usufructus überhaupt, oder doch bei dem usufructus, der als Annexum eines deutschen Instituts, wie dotalitium, apanagium, Auszug, erscheint, eine cautio von Seiten des usufructuarius nie von selbst sich verstehe, sondern ausdrücklich bedungen seyn müsse, Runde d. P. R. §. 599. Eichhorn d. P. R. §. 178. Mittermaier d. P. R. §. 149. Da indeß diese Ansicht nicht über allen Zweifel erhaben ist, vgl. Runde Leibzucht II. §. 51., so ist es nicht unwichtig, zu untersuchen, was nach röm. Recht in Ansehung der cautio usufr. als gültig anzusehen seyn dürfte. Daß die cautio usufructuaria nach römischem Recht bei jeder servitus personalis, es mochte dieselbe durch den Vertrag oder letztwillige Verfügung, an einer beweglichen oder unbeweglichen Sache bestellt worden seyn, und zwar auch post constitutum usumfructum und re tradita vorkam, ist bekannt; l. 13. pr. D. de usufr. l. 4. C. ib. l. 1. §. 5. l. 5. §. 1. 2. 3. D. usufr. quemadm. cav. Indeß darüber, ob dieselbe als ein naturale oder gar als ein essentiale des usufr. anzusehen sey, ist man nicht völlig einverstanden. Für ein essentiale würde sie allerdings anzusehen seyn, wenn bei Bestellung des usufructus die Willkühr der Interessenten nicht entscheiden könnte, ob cautio usufr. Statt finden solle, oder nicht. Im Allgemeinen läßt eine solche Beschränkung der Willkühr der Interessenten freilich sich nicht darthun; nur für den usufr. legatus wird in der bekannten l. 7. C. ut in poss. leg. verneinet, daß diejenige cautio usufructuaria, welche Sicherstellung wegen der Verpflichtung, ut boni viri arbitratu utatur is, cui usufructus relictus est, bezweckt, im Testament nicht erlassen werden könne; obwohl übrigens auch bei dem usufr. legatus jede cautio dann wegfällt, wenn dem legatarius die gewisse Aussicht auf die Proprietät gegeben, diese z. B. ex die legiret worden ist, quia certum fuit ad eum proprietatem vel ad haeredem ejus perventuram. l. 9. §. 2. D. usufr. quemadm. cav. So einleuchtend diese letzte Bestimmung ist, so auffallend, und namentlich der bekannten Regel, cui maius licet, ei etiam

minus licere debet, widerstreitend erscheint die Verordnung des erstern Gesetzes; vgl. besonders C. F. Hommel de iniquitate legum roman. remissionem cautionis usufr. testatori denegantium. L. 1764. und obschon dieselbe nicht wegdisputiret werden kann, so ist man doch gewiß berechtiget, sie nicht ausdehnend zu erklären, sondern auf den Fall zu beschränken, von welchem sie ausdrücklich handelt. Wenn daher gleich nach den obenangeführten Gesetzen zugegeben werden muß, daß die cautio usufr. ursprünglich für den ususfr. legatus eingeführt und dann erst auf den auf andre Weise, namentlich durch Vertrag bestellten ususfructus übergetragen worden sey, so folgt doch nicht, daß auch eine Disposition, wie die der l. c. für den vertragsmäßigen usufructus Gültigkeit habe; wie dies dagegen in Ansehung der l. 9. §. 2. D. usufr. quemadm. cav. allerdings der Fall ist. Vgl. Glück P. C. IX. §. 655. Indessen könnte man vielleicht annehmen, daß bei dem vertragsmäßigen ususfr. die cautio usufr. aus einem andern Grunde, nemlich zu Begründung des dinglichen Rechts nothwendig erscheine, damit derselbe von dem blos persönlichen Nutzungs- und Gebrauchsrecht, wie das des Pachters und Miethers unterschieden werde. Allein dies würde blos von dem Fall des eigentlich constituirten, nicht des vorbehaltenen ususfructus gelten, weil in dem letztern Fall ein Theil des dinglichen Rechts, welches der Vorbehaltende bisher ungetheilt besessen hatte, demselben verbleibt. Wirklich nehmen auch mehrere Rechtslehrer Wegfall der Caution in dem Fall einer Schenkung an, bei welcher der donator den ususfr. oder usus an der geschenkten Sache sich vorbehalten hatte; dies jedoch aus Gründen, die nicht auf der Natur des Vorbehalts beruhen, sondern nur für die Schenkung passen, weil man nemlich mit einem donator überhaupt nicht so genau handeln müsse; vgl. Cocceii ius civ. controvers. VII. 9. qu. 3. und dazu Emminghaus not. 7. ingleichen die daselbst angef. Rechtslehrer. Die Meinung der Rechtslehrer, welche auch bei dem vertragsmäßigen ususfr. die cautio usufructuaria als eine nothwendige Form der Bestellung annehmen, wie Cocceii l. c. tit. 5. qu. 2. tit. 9. qu. l. 5. Schil-

teri Ex. XVII. §. 63. Noodt de usufr. I. 19. würde demnach nur in Ansehung des eigentlichen ususfr. constitutus zu vertheidigen seyn. Die meisten Rechtslehrer verneinen, daß die cautio usufr. zur Form der Bestellung eines vertragsmäßigen ususfr. gehöre. Vgl. Emminghaus ad Coccejum und die bei Glück a. a. O. §. 654. not. 85. angeführten Rechtslehrer. Es fragt sich aber nun weiter, ob nicht die cautio usufr. da, wo sie ad essentialia negotii nicht gehört, dennoch als naturale, welches auch nicht bedungen, als vorhanden anzusehen ist, betrachtet werden müsse? Dies muß, abgesehen von dem Fall der l. 9. §. 2. D. usufr. quemad. cav. in Ansehung des legirten und des durch Vertrag constituirten ususfructus nach den im Eingang angeführten Gesetzen allerdings angenommen, dagegen in Ansehung des mittelst Vertrags vorbehaltenen ususfructus, ohne Unterschied, ob der Vertrag ein oneroser, oder eine Schenkung ist, da in dem einem, wie in dem andern Fall auf den Erwerber nicht mehr übergegangen ist, als wessen der vormalige Eigenthümer sich entäußert hat, bezweifelt werden. Besondere aus der Natur des Auszugs zu entlehnende Gründe, aus welchen der Wegfall der nach röm. Recht erforderlichen Caution bei dem mit dem Auszug verbundenen ususfructus allgemein sich nachweisen ließe, giebt es freilich nicht. Zwar ist es allerdings richtig, daß wegen des Auszugs im Allgemeinen der Auszügler keine Caution zu bestellen habe; wie Wernher diss. I. II. 2. bemerkt; allein der Grund liegt blos darinn, daß Auszug im Allgemeinen nicht als ususfructus anzusehen ist; hier aber wird ein Fall vorausgesetzt, in welchem eine servitus personalis als Auszugsemolument bestimmt ist, und die Frage ist, ob wegen dieses Emoluments caviret werden müsse? eine Frage, welche schon Krause IV. 1. und eben so Runde II. 51. bejahet. Die Gründe, aus welchen einige die entgegengesetzte Meinung vertheidigen, sind, wie Runde a. a. O. gezeigt hat, meist unhaltbar. So, wenn man anführt, daß der Vater als usufructuarius den Kindern nicht zu caviren brauche, da nicht immer der Auszug in dem Ver-

hältniß zwischen Eltern und Kindern vorkommt, und überdem die Befreiung des Vaters von der Caution nur während der Dauer der väterlichen Gewalt in Ansehung der Adventitien gilt. Eben so, wenn man sich darauf beruft, daß mit dem Auszugsberechtigten zugleich der Verpflichtete im Besitz sich befinde oder namentlich der ususfructus der Sache mit jedem Jahr zu Ende geht; denn dieser Umstand würde selbst da, wo er wirklich als vorhanden angenommen werden muß, die Gefahr eines Mißbrauchs zwar hindern, und so einen Einfluß auf die Größe der Sicherstellung äußern, aber keineswegeS die letztere gänzlich ausschließen. Auch der Umstand, der aber, wie bereits bemerkt ward, ebenfalls nicht als für jede Art des Auszugs Gültiges angesehen werden kann, daß derselbe loco alimentorum verabreicht wird, rechtfertiget noch nicht den Schluß auf Erlaß der Caution, so bald nicht auch das sonstige Unvermögen des Auszüglers Caution zu bestellen hinzukommt.

So bald man also den Fall setzt, daß eine servitus personalis des röm. Rechts als Auszugsemolument vorkommt, wird den Grundsätzen dieses Rechts gemäß cautio usufructuaria außer dem Fall des Vorbehalts als eine Verpflichtung des usufructuarius angesehen werden müssen, welche, auch nicht ausdrücklich bedungen, von selbst sich versteht, wenn sie gleich durch besondere Uebereinkunft ausgeschlossen werden kann. Wir tragen kein Bedenken diesen Satz namentlich für den Fall als richtig anzuerkennen, wenn der ususfructus oder usus das einzige Emolument des Auszüglers bildet. Hätte aber der Auszügler darneben noch andere Emolumente, wie Leistungen von Geld und anderer Fungibilien zu genießen, so scheint der in den Auszugsemolumenten mit begriffene ususfructus die Eigenschaft zu verlieren, die er als selbstständiges dingliches Recht besitzt, mithin cautio usufr. nicht ohne Weiteres gefordert werden zu können, zumal da die Prästationen, welche der Verpflichtete außerdem zu leisten hat, wenigstens einigermaaßen die Sicherheit gewähren, welche er durch Caution erlangen konnte. Klarer erscheint dies noch bei dem auf den Colonat gegründeten Auszug, der, was von dem

Auszug, wie er in Sachsen vorkommt, sich nicht sagen läßt, als ein ursprünglich deutsches Institut anzusehen ist, in Ansehung dessen die Ansichten von Eichhorn und Mittermaier als gültig anerkannt werden müssen. Die Praxis ist wenigstens so viel den vorbehaltenen Auszug betrifft, einverstanden, daß eine cautio usufructuaria nicht Statt finde.

3) Daß der ususfructus an einer bestimmten Sache mehreren zustehen könne, läßt sich nicht bezweifeln. Dieß namentlich in dem Fall, wenn die mehrern den ususfructus iure servitutis ausüben. Vgl. l. 5. 13. §. 3. l. 57. §. 1. D. de usufr. u. tit. Dig. de usufructu accrescendo. Aber auch eine Concurrenz des iure dominii zuständigen ususfr. mit dem, welcher als servitus personalis erscheinet, kann an derselben Sache vorkommen. l. 3. §. 2. l. 4. pr. D. de usufr. accr. l. 26. §. 1 D. de usufr. leg. Das Nämliche scheint in Ansehung der habitatio gelten zu müssen. l. 40. D. de usufr. leg. Nur in Ansehung des usus entsteht wegen l. 19. D. de usu et hab. Zweifel, wenn es daselbst heißt: frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus, und aus diesem Grund der Satz aufgestellt wird, usus pars legari non potest. Indeß ist der erste Satz nur von einer pars pro indiviso, von intellectuellen Theilen, zu verstehen. Solche Theile liessen sich zwar bei dem ususfr. denken, weil die gewonnenen Früchte eine Theilung nach den intellectuellen Antheilen an dem ususfructus zuließen, nicht aber an dem usus, da das factum des Gebrauchs seiner Natur nach etwas untheilbares ist. Eine Theilung des usus ist demnach nur insofern denkbar, als der usus entweder nicht continuo, sondern abwechselnd in gewissen Zwischenräumen, alternis annis, mensibus etc. l. 34. pr. D. de usufr. l. 2. pr. §. 2. D. quib. mod. ususfr. oder mit Beschränkung auf gewisse Theile der zum Gebrauch angewiesenen Sache ausgeübt wird. Das letztere setzt jedoch eine Sache voraus, welche einer Theilung fähig ist. Es ist nicht zu bezweifeln, daß eine Theilung der letztern Art da, wo sie überhaupt möglich ist, Statt finden könne; allein der so beschränkte usus ist nun selbst wieder etwas untheilbares; auch versteht sich von selbst, daß wenn

gleich Anfangs der usus mit dieser Beschränkung bestellt worden wäre, nicht eigentlich der usus der ganzen Sache, sondern der usus eines bestimmten Theils der Sache bestellt worden ist. Daß übrigens mehrere bei dem usus concurriren können; namentlich der qui solum usum habet, mit dem, welcher usumfructum habet, lehrt l. 42. pr. D. de usufr. l. 14. §. 2. D. de usu et hab. Eben so muß nun auch eine Concurrenz dessen, qui usum habet, mit dem Eigenthümer möglich seyn; ohne daß dagegen l. 10. §. 4. l. 15. pr. l. 22. §. 2. D. de usu et hab., welche von dem Fall des einem Andern ausschließlich überlassenen usus sprechen, angezogen werden kann. Bei dem usus und der habitatio ist aber die Theilnahme des Auszüglers an den Rechten des Eigenthümers oft nur eine untergeordnete, die auf das nothwendige Bedürfniß beschränkt wird.

4) Wenn dem Eigenthümer nichts als bloß Proprietätsrechte verbleiben, während ein Andrer das vollständige Benutzungsrecht innen hat, so ist die gewöhnliche servitus personalis des ususfr. aber kein Auszug vorhanden, die zwar auch als ein onus reale gilt, aber doch der Eigenthümlichkeiten des Letztern, wie des Wegfalls der cautio usufructuaria, des Einflusses, welchen die Bestellung des Auszugs in manchen Fällen auf den status des Auszüglers äußert, entbehrt. In dem Fall eines Vorbehalts, wenn der, welcher das Grundstück abtritt, den ususfructus, oder die Wirthschaft sich vorbehält, liegt eine Art anticipirter Succession vor, indem der Acquirent die Proprietät sogleich erwirbt; während der ususfructus ihm erst nach dem Tode des Andern zufällt; vgl. Runde II. 12. 28. Mittermaier P. R. §. 198.

5) Das erste kommt vor bei Grundstücken und fixis vinctis, das Letztere bei beweglichen Sachen, die nicht unter die letztere Kategorie gehören. Sollte ein Recht der hier in Frage stehenden Art an einer weder zu dem Grundstück gehörigen, noch daselbst befindlichen Sache bestellt worden seyn, so würde dies bestellte Recht nur die Sache, an welcher es bestellt worden ist, nicht das mit dem Auszug

belastete Gut offeiren. Nur so lange das Recht noch nicht bestellt worden ist, läßt sich sagen, daß die Verpflichtung zu Bestellung desselben als Auszugsprästandum auf dem mit dem Auszug belasteten Grundstück hafte.

6) Das Recht an der angewiesenen Sache kann hier entweder ununterbrochen, oder mit Unterbrechungen, z. B. alternis annis etc. ausgeübt werden; l. 28. D. quib. mod. ususfr. Bei dem Auszug wird jedoch eine Beschränkung der letztern Art gewöhnlich nur, wenn von ususfructus die Rede ist, seltener in Bezug auf usus und habitatio vorkommen.

7) In diesem Fall, so wie auch in dem entgegengesetzten dann, wenn das Recht an der Sache mit Unterbrechungen nur in gewissen regelmäßig wiederkehrenden Zeitabschnitten ausgeübt wird, läßt sich annehmen, daß eine Verpflichtung zu annuis praestationibus vorliege, mit dem Unterschied, daß in dem letztern Fall das Object der Verpflichtung eine species ist, während in dem erstern eine obligatio generis vorliegt. l. 2. §. 1. 2. l. 75. D. de V. O. In diesem Fall hat in der Regel der Verpflichtete die Wahl, wenn die Verpflichtung eine vertragsmäßige ist, l. 93. 106. D. de V. O., während bei Legaten dem Legatar die Wahl zusteht. l. 2. §. 1. D. de opt. vel elect. leg. l. 108. §. 2. D. de leg. 1. Ist die Auswahl erfolgt, so tritt auch hier die ausgewählte Sache als species in das Obligations-Verhältniß.

8) Wenn ususfructus, usus, habitatio dem Auszügler gemeinschaftlich mit dem Eigenthümer zusteht, oder die Sache, welche den Gegenstand der Benutzung ausmacht, nicht für die ganze Dauer des Auszugs dieselbe bleibt, sondern von Zeit zu Zeit wechselt, so sieht man dieß nicht bloß als einen Grund an, welcher die cautio usufr. überflüssig macht, sondern man leitet daher auch die Befreiung des Auszüglers von der Pflicht zu Verrechtung, Unterhaltung und Wiederherstellung der Sache her. Hier soll nach Wernher II. §. 5. der Auszügler wenigstens dann frei seyn, wenn der größere Theil des Nutzens dem Eigenthümer angehört. Krause IV. 5. Mirus IV. 16. Runde II. 45. Dies gilt besonders von dem usus und der habitatio. Der Umstand,

ob eine Sache als Gegenstand des Benutzungsrechts ein für allemal angewiesen ist oder nicht, erscheint aber auch von Bedeutung in Ansehung der Folgen, welche der Untergang der Sache nach sich zieht. Die angewiesene Sache ist als eine species anzusehen, mit deren Untergang der Verlust des an derselben eingeräumten Benutzungsrechts aufhört. Ist die Sache ein für allemal für die ganze Dauer des Auszugs angewiesen; so muß in der Regel mit dem Untergang der Sache das Benutzungsrecht für immer wegfallen, ohne daß dem Auszügler ein Recht Entschädigung oder Wiederherstellung zu fordern zusteht. Tritt ein Wechsel in Ansehung der Sache ein, so gilt zwar für den Zeitraum, für welchen die Sache den Gegenstand des Benutzungsrechtes abzugeben bestimmt war, dasselbe, was in dem vorigen Fall anzunehmen ist; allein dem Auszügler bleibt das Recht, nach Ablauf des gesetzten Zeitraums eine andre Sache zu verlangen. A. M. ist, was den auf dem Colonat beruhenden Auszug betrifft, Runde II. §. 32. 45. 77., obgleich aus einem Grunde, der auch auf die andre Art des Auszugs paßt, weil nämlich Zweck des Auszugs lebenslängliche Benutzung von Seiten des Auszüglers sey. Da indeß wenigstens der Auszug, welcher nicht, wie der des Colonats, auf gesetzlichen Bestimmungen beruht, nicht nothwendig für die ganze Lebensdauer des Auszüglers Statt finden muß, so ist gar sehr die Frage, ob nicht hier in der Anweisung einer bestimmten species die lebenslängliche Dauer des Auszugs facto beschränkt worden sey? Ob mit Herstellung einer andern species an die Stelle der angewiesenen auch das Recht des Auszüglers wieder erwache? ist allerdings wegen l. 5. §. 2. l. 10. §. 1. 7. D. de usufr. l. 65. §. 1. D. de leg. zu bezweifeln; obschon auch hier Danz P. R. V. §. 521. Runde II. §. 45. das Gegentheil annehmen und sogar dem Auszügler das Recht einräumen, Wiederherstellung des verlorengegangenen zu fordern. Etwas andres würde gelten, wenn wir in den Fällen der l. 10. §. 1. 7. l. 23. 24. 26. D. quemadm. usufr. die angewiesene species vollstän-

dig wieder hergestellt würde, oder auch nur eine allmälige Veränderung derselben Statt gefunden hätte. Hat der Auszügler den Untergang verschulder, so hat er kein Recht auf Herstellung der Sache, oder Benutzung der hergestellten Sache. Runde a. a. O. Mirus VI. 2.

9) Am häufigsten kommt dies vor bei Gebäuden und bei Behältnissen in bereits bestehenden Gebäuden, die zu einem bestimmten Zweck eingerichtet werden sollen. Es läßt sich aber auch bei Mobilien, Vieh, Wagen u. a. Geräthschaften denken. Daß die angeschaffte oder hergestellte Sache, wenn nicht ein andres bedungen worden ist, dem Eigenthümer des Hauptgrundstücks verbleibe, ist nicht zu bezweifeln, wenn der Eigenthümer sie angeschafft oder hergestellt hat. Dasselbe gilt aus bekannten Gründen von Gebäuden selbst dann, wenn der Auszügler dieselben hergestellt haben sollte, so daß nicht einmal die Kosten der Herstellung von ihm oder seinen Erben wieder gefordert werden können; l. 15. pr. D. de usufr. Wernher II. §. 4. Nur soviel Mobilien betrifft, welche der Auszügler auf eigne Kosten angeschafft hat, kann die Sache zweifelhaft erscheinen. Nimmt man jedoch an, daß der Auszügler oder dessen Erben sie behalten, so ist eigentlich gar kein Fall eines vorbehaltenen ususfructus oder usus der Sache, sondern nur ein Recht, eine eigenthümliche Sache in dem überlassenen Grundstück aufzubewahren vorhanden, womit bisweilen manche Prästationen, die in dando bestehen, verbunden seyn können. Wer nun die Kosten der Herstellung oder Anschaffung zu tragen habe, das hängt von factischen Bestimmungen ab. Nach Wernher a. a. O. würde dazu der Auszügler gehalten seyn; doch ist diese Behauptung jedenfalls auf den Satz zu beschränken, wenn dem Auszügler auch Nutzen oder Gebrauch der Sache ausschließlich überlassen worden ist. Was die Beschaffenheit der herzustellenden oder anzuschaffenden Sache betrifft, so ist in Ermangelung besonderer factischer Bestimmungen, theils das Bedürfniß des Auszüglers, theils und namentlich bei Gebäuden die Beschaffenheit und Stärke des Hauptguts, ne-

benbei aber auch des Orts Gewohnheit zu berücksichtigen. Ist namentlich von Gebäuden die Rede, so sind diese auf dem zum Grundstück gehörigen Boden zu errichten. Daß dies geschehe, daran haben sowohl der Eigenthümer, als der Auszügler ein unverkennbares Interesse, namentlich dann, wenn andre Auszugsprästationen concurriren. Hier also ein Fall, in welchem das allgemeine Versprechen, ein Haus zu erbauen, eine bestimmte Bedeutung hat, l. 95. D. de V. O.

10) Wenn bei einem Uebereignungsvertrag, der Uebereignende eine Sache für die ganze Dauer des Auszugs zum Gebrauch oder zur Benutzung sich vorbehalten hat, so bedarf es einer Einräumung des Besitzes natürlich nicht. Wird der Auszug auf andre Weise bestellt, so wird das auf Abtretung der Sache sich beziehende Forderungsrecht, welches auf Vertrag sich gründet, in der Regel sofort eintreten. Gründet aber dasselbe sich auf einen letzten Willen, so kommt der Moment des Erbschaftsantritts und in Sachsen der 30. Tag in Betracht. Ist nemlich der Erbantritt vor Eintritt des 30. erfolgt, so kann sofort nach Ablauf des 30. geklagt werden; früher wenigstens dann nicht, wenn von einer Sache die Rede ist, welche Früchte trägt, die noch vor Eintritt des tricesimus percipiret werden können. Ist aber der Erbschaftsantritt bis zu dem tricesimus noch nicht erfolgt, so tritt das Klagerecht erst mit dem Augenblick des Erbschaftsantritts ein, ob es wohl zugleich auf die von dem 30. Tage verfallenen Nutzungen sich beziehet. Wäre nicht eine und dieselbe Sache für die ganze Dauer des Auszugs, sondern für gewisse Zeitabschnitte eine andere Sache dem Auszügler angewiesen, so tritt mit dem Anfang jedes der bestimmten Zeitabschnitte das Klagerecht auf die für diesen Zeitabschnitt anzuweisende Sache ein. Ist endlich von einer erst herzustellenden Sache die Rede, so findet die Klage auf Abtretung erst nach erfolgter Herstellung der Sache, früher bloß ein Klagrecht auf Herstellung der Sache Statt.

§. 9.

I. Der **usus fructus**, welcher von dem blos persönlichen Recht die Nutzungen einer Sache, oder doch eine Quote derselben zu fordern wesentlich verschieden ist[1]) verpflichtet dann, wenn er hinsichtlich einer bestimmten Sache für die ganze Dauer des Auszugs dem Auszügler und zwar ausschließlich zusteht, zu Uebertragung des Aufwands, welcher zu Unterhaltung und Verrechtung der Sache erforderlich ist[2]). Gegenstand desselben sind theils Immobilien[3]), theils was bewegliche Sachen betrifft, Vieh[4]), seltener andre bewegliche Sachen[5]).

II. Der **usus** führt in der Regel nur eine beschränkte Verpflichtung zu Uebertragung irgend einer Art Aufwand, den ausgenommen, welchen das **factum** des Gebrauchs selbst nöthig macht, mit sich[6]). Er kann, wie der **usus fructus** sowohl Immobilien[7]), als auch Mobilien, und zwar eben so häufig leblose Sachen[8]), als lebendige[9]), zum Gegenstand haben.

1) Ueber diesen Unterschied vergleiche l. 30. D. de usufr. leg. Zu den in diesem Gesetz angedeuteten Verschiedenheiten ist noch der Wegfall der cautio bei dem legat. annuum hinzuzusetzen, obwohl nach röm. Recht usus fructus legatus und reditus legati, so wie überhaupt legata annua wiederum darinnen übereintreffen, daß sie mit dem Tod des Berechtigten aufhören. l. 8. D. de ann. leg. Da es in facto streitig seyn kann, ob ein wirklicher usus fructus oder nur ein persönlicher Anspruch auf reditus vorliege, so ist es jener Verschiedenheit wegen wichtig, zu fragen, was im Zweifel anzunehmen sey? l. 20. l. 58. §. 1. D. de usufr. l. 41. D. de usufr. leg. geben für den Fall des Legats eine Entscheidung, welche darauf hinzuweisen scheint, daß den Fall des legatum per damnationem relictum ausgenommen, ein usus fructus anzunehmen sey; vgl. Glück a. a. O. S. 192 — Auffer-

dem nimmt man an, daß fructus einer Sache legiren, ebensoviel sey, als den ususfructus der Sache legiren. l. 22. D. de usufr. l. 41. D. de usufr. leg. Mit diesen Bestimmungen muß man sich so gut als möglich auch dann behelfen, wenn von einer vertragsmäßigen Bestellung die Rede ist.

2) l. 7. l. 27. §. 3. l. 52. D. de usufr. l. 28. D. de usufr. leg. und was in sp. den Auszug betrifft Wernher II. §. 4. 5. Krause IV. § 5. 6. Mirus IV. §. 15. 16. Runde d. P. R. §. 522 und dazu Danz §. 522a Runde Leibz. II. 57. Thierfeld §. 22. Overbeck Med. VII. 401. Krüll Prüfung einzelner Theile des b. Rechts. Landsh. 1802. IV. 2.

Was die Reparaturen anlangt, so liegt dem Auszügler, wie dem usufructuarius ob, mäßige Reparaturen aus eignen Mitteln zu bestreiten, wie dies aus der Verpflichtung zur diligentia folgt; und an solchen Reparaturen darf ihn der Eigenthümer nicht hindern. Was andre Reparaturen betrifft, so ist weder der Eigenthümer noch der Auszügler direct zur Abhülfe verpflichtet d. l. 7. D. de usufr. Daß der Auszügler den Eigenthümer an den nöthigen Reparaturen nicht hindern dürfe, unterliegt keinem Zweifel; er gewinnt aber auch dann das Benutzungsrecht an der reparirten Sache; d. l. 7. Wenn der Auszügler einen Aufwand gemacht hat, den er zu bestreiten nicht verpflichtet war, so kann er dafür in der Regel keinen Ersatz fordern, l. 15 pr. D. de usufr., was mit Recht auf den nicht nöthigen Aufwand beschränkt wird, während in Ansehung des nöthigen Aufwands ein Anspruch ex versione in rem gedenkbar bleibt: vgl. Wernher II. 4.

3) Felder, Gärten, Wiesen, Gehölze (über Holznutzungen vgl. Glück a. a. O. S. 204. Weiske Arch. f. pract. Rechtsgelehrs. Zwickau 1833. I. n. 1.) Der ususfr. eines Hauses giebt ein Recht, das Haus selbst zu bewohnen, zu vermiethen, den daselbst befindlichen Hausrath zu benutzen, d. l. 7. l. 9. §. 7. l. 12. §. 2. l. 59. §. 1. D. de usufr. Wenn die Nutzungen eines Hauses beschieden worden sind, so sollte man nach den not. 1. angef. Gesetzen meinen,

daß dadurch eben so viel als ususfr. bestellt worden, und der usufructuarius auch zu vermiethen berechtiget sey. Dennoch nahm der Schöppenstuhl zu Leipzig das Gegentheil an M. Aug. 1830 an das St. G. zu Leipzig. Uebrigens ist das dem Auszügler angewiesene Immobile entweder ein für sich bestehendes geschlossenes Ganze; oder Accessorium eines andern Grundstücks. Ist das erste der Fall, so kann bei dem vorbehaltenen Auszug bisweilen in facto streitig werden, ob das Eigenthum oder der Nießbrauch vorbehalten worden ist, was von Einfluß auf die Frage ist, ob mit Beendigung des Auszugs das in Frage stehende Grundstück an den Eigenthümer, oder in die Verlassenschaft des Auszüglers falle. Ob der Vorbehalt walzender Grundstücke in dubio als Vorbehalt des Eigenthums anzusehen sey, wie Thierfeld §. 18. 35. annimmt, oder nicht; darüber müssen die Umstände das Nähere an die Hand geben, und an solchen Umständen wird es bei einem mit einiger Bestimmtheit abgeschlossenen Ueberlassungsvertrag nicht fehlen. Zu Zweifeln kann nur der Fall Anlaß geben, in welchem bei einer allgemein erfolgten Abtretung aller Grundstücke, der Vorbehalt des walzenden Grundstücks ohne nähere Bestimmung erfolgt. Wird dieser Vorbehalt als Auszugsemolument aufgeführt, so ist ohnstreitig anzunehmen, daß auch das walzende Grundstück unter der Uebertragung sämmtlicher Grundstücke begriffen sey. Liegt eine solche Bestimmung nicht klar vor, so kann, was den Vorbehalt bei einem Kauf betrifft, die Beschaffenheit des verabredeten Kaufpretii ein Anhalten abgeben, um zu bestimmen, ob auch das walzende Grundstück mit verkauft worden sey oder nicht. Das fällt bei dem mit einer Schenkung verbundenen Vorbehalt weg, und dann wird die Beantwortung der Frage allerdings schwierig. Es scheint freilich, daß in dubio das Eigenthum als vorbehalten anzusehen sey; da ein Vorbehalt der jedesmal eine Verzicht auf das nicht vorbehaltene in sich schließt, eben weil jede Verzicht stricte auszulegen ist, late interpretiret werden muß. Betrachtet man aber dagegen das, was l. 13. C. de usufr. et hab. in einem andern Fall, in wel-

chem zweifelhaft war, ob ein bloßes temporäres Recht oder Eigenthum überlassen worden sey, bestimmt; in dem Fall des legatum habitationis nemlich, wo habitatio sowohl ius habitandi, als das bewohnbare Grundstück bezeichnen kann; so wird die Sache wieder zweifelhaft. Denn nach dem erwähnten Gesetz wird allemal die servitus personalis habitationis angenommen, nisi evidentissimis probationibus legatarius possit ostendere, et dominium eius domus sibi relictum esse. Wäre der ususfructus an dem ganzen Grundstück vorbehalten, so ist, wie bereits oben bemerkt ward, nicht Auszug, sondern die gewöhnliche servitus personalis des ususfructus anzunehmen. Ob eins oder das andere anzunehmen sey, ist, wie ebenfalls bemerkt ward, in Ansehung der cautio usufructuaria von Bedeutung, vorausgesetzt, daß man in der Regel Cautionsbestellung auch bei dem vorbehaltenen ususfructus als naturale negotii ansieht, und dagegen bei dem Auszug Caution von Seiten des Auszüglers für ausgeschlossen achtet. Außerdem würde die Frage, ob reiner ususfructus oder Auszug vorliege, nur noch insofern von Wichtigkeit seyn, als man annähme, daß der, welcher von dem ihm zugestandenen Benutzungsrecht keinen Gebrauch macht, die von dem Proprietar während des Nichtgebrauchs gezogenen Nutzungen bei dem ususfructus in Anspruch nehmen könne, bei dem Auszug nicht.

4) Was das Vieh als Gegenstand von Auszugsemolumenten betrifft, so ist das Recht des Auszüglers eignes Vieh in dem Grundstück zu halten, von dem Recht, welches derselbe an Vieh ausübt, das dem Eigenthümer des Grundstücks zugehört, zu unterscheiden. Das zuerst genannte Recht fällt nicht unter die Kategorie des ususfructus. Was das Letztere betrifft, so ist mit Thierfeld §. 35. wiederum zwischen Zuchtvieh und Mastvieh zu unterscheiden. Nur bei dem Zuchtvieh kommt ususfructus vor, während bei dem Mastvieh in der Regel nur ein Anspruch, entweder auf das ganze Stück oder auf einen Antheil an dem geschlachteten Vieh Statt findet. Vermöge des ususfructus an einem Stück

Vieh hat der Auszügler einen Anspruch auf alles das, was ad fructus pecoris gehört, also auf das junge Vieh, Milch, Eier, Wolle u. dgl. l. 68. §. 1. D. de usufr. §. 37. J. de acquir. dom.

Ob der Mist dem Auszügler gehöre, ist die Frage? Der Mist gehörte nach den Ansichten der römischen Juristen nicht ad fructus, wohl aber hatte der, welchem usus pecoris hinterlassen worden war, in sofern Anspruch auf den Mist des Viehes, als er des Viehes ad stercorandum agrum sich bedienen konnte §. 4. J. l. 12. §. 2. D. de usu et hab.; also ein Recht, den Mist in seine Wirthschaft zu verwenden, nicht aber zu verkaufen. Uebrigens scheint nach den erwähnten Gesetzen bloß von dem, so zu sagen, reinem Mist, nicht von dem Gemengsel aus den Ausleerungen des Thieres und der Streu, wie es in dem Stall oder auf der Düngerstätte sich bildet, die Rede zu seyn. Da nach l. 14. §. 2. D. de usu et hab. unter dem usus fructus usus in der Regel einbegriffen ist, so möchte es zwar ausgemacht seyn, daß dem usufructuarius derselbe Anspruch auf den Mist zustehet, wie dem usuarius; damit ist aber noch nicht entschieden, ob und in wie weit der usufr. Anspruch auf jenes Gemengsel habe? Hat der usufructuarius für die Streuung zu sorgen, so steht ihm ein solcher Anspruch gewiß zu; nicht aber in dem entgegengesetzten Fall, wenn man nicht etwa hier die Grundsätze der commixtio et confusio anwenden will. Wenn nach Zachariae qu. XXI. §. 5. sogar der Mist, welcher durch das dem Auszügler eigenthümlich zugehörige Vieh, das der Auszügler in dem Grundstück zu halten berechtiget ist, erzeugt wird, dem Eigenthümer in so weit zufällt, als er desselben zur Düngung für das belastete Grundstück bedarf, so muß dasselbe um so viel mehr von dem Mist gelten, der durch das bloß in usufructu befindliche Vieh erzeugt wird. Indeß ist an der Richtigkeit der Ansicht des erwähnten Rechtslehrers wohl noch zu zweifeln. Denn der Satz: daß der auf einem Gut gewonnene Mist auf dem Gut verbleiben müsse, ist zwar insofern richtig, als bei Verkauf eines Grund-

stücks der Mistvorrath für einbegriffen angesehen wird. l. 17. §. 2. D. de act. emt. Carpzov p. II. c. 33. def. 19. Bauer resp. 113. Daraus folgt aber noch nicht, daß der Mist in jeder andern Beziehung als Pertinenz des Grundstücks angesehen werden müsse; vgl. Hommel Pertinenz Register voc. Mist S. 146. Benekendorf Oecon. forens. II .4. §. 191. Und gesetzt auch, der usufructuarius und Auszügler, dürfe den von seinem eignen Vieh gewonnenen Mist nicht aus dem Grundstück schaffen, so würde doch noch nicht folgen, daß er selbigen dem Eigenthümer umsonst überlassen müsse. — Dagegen hat der Auszügler auch den Aufwand zu Unterhaltung des Viehs zu übertragen a. l. 15. §. 2. l. 45. D. de usufr. Wernher II. 4. Krause IV. 3. Runde II. §. 46. S. 438. A. M. ist Mirus IV. 2., weil der usufructuarius nur ad impensas modicas, nicht zu solchen, welche ad perpetuam rei utilitatem aufgewendet werden, gehalten sey. Allein offenbar wird hier das, was bei dem usufr. fundi oder aedium über den dabei vorkommenden Aufwand gesagt worden ist, unstatthafter Weise auf den usufr. pecoris angewendet. Futterkosten sind ein Aufwand, der nie umgangen werden kann, wenn usufr. pecoris Statt finden soll; sie können nie als übermäßiger oder außerordentlicher Aufwand angesehen werden, und fallen nach einer allgemein anerkannten Billigkeitsmaxime in der Regel dem zur Last, der den Nutzen zieht. Wäre der usufr. nicht an einem oder mehrern einzelnen Stücken Vieh, sondern an einer Heerde hinterlassen worden, so hat der usufructuarius auch die Pflicht über sich, die Heerde von Zeit zu Zeit durch Substitution anderer an die Stelle von verstorbenen oder untauglichen zu ergänzen, was die Folge hat, daß die ausrangirten Stücke, statt deren andre substituiret worden, dem usufructuarius eigenthümlich zufallen. l. 68. §. 2. l. 69. 70. D. de usufr. Dasselbe wird auch von dem Auszügler gelten, dem der usufructus einer Heerde eingeräumt worden ist.

5) So ist als Auszugsemolument denkbar der usufructus an Geschirre, welches für Lohnfuhren benutzt wird; vgl. l. 12

§. 4. D. de usu et hab. der ususfr. eines Schiffs; vgl. l. 9. §. 1. l. 12. §. 1. D. de usufr., was besonders an Orten, welche an schiffbaren Flüssen liegen, vorkommen wird: ferner ein Kramladen, taberna l. 27. §. 1. D. de usufr. in Ansehung dessen, was die Ergänzung betrifft, ohngefähr dasselbe gilt, was über den ususfructus gregis bemerkt worden ist.

6) vgl. l. 18. D. de usu et hab. Dies Gesetz spricht von Erhaltung eines Gebäudes, dessen usus einem Andern eingeräumt worden ist, und stellt zwei verschiedene Ansichten auf, von denen die letztere gebilliget zu werden scheint. Nach der ersten liegt die Erhaltung dem Eigenthümer und dem usuarius gemeinschaftlich ob. Nach der zweiten, ist zu unterscheiden, ob des usus unbeschadet ein Benutzungsrecht des proprietarius Statt habe, oder nicht? In dem erstern Fall trägt der proprietarius, in dem letztern der usuarius allein den zu Erhaltung des Gebäudes nöthigen Aufwand. Es kann kein Bedenken haben, dasselbe auch dann anzunehmen, wenn von Erhaltung einer andern Sache die Rede ist. Allein dasselbe muß auch wohl von andern Arten nothwendigen Aufwands, wie von Abgaben gelten.

7) Hierher gehören a) Gebäude, sowohl Wohngebäude, als auch andre, welche bloß zu Aufbewahrung von Sachen dienen, wie Scheuern, Ställe, Keller. Ein usus von Gebäuden der zweiten Art ist dem Auszügler namentlich dann eingeräumt, wenn ihm das Recht, Vieh zu halten, zugestanden worden ist. Ueber die Frage, wer einen Anspruch auf den Mist des Viehes habe, den der Auszügler nicht für seine Aecker bedarf? Vgl. oben not. 4. Was den usus aedium betrifft, so ist in demselben das Recht der Wohnung mit begriffen, l. 2. §. 1. D. de usu et hab. Es unterscheidet sich aber derselbe, wenn er nicht mit der Bestimmung habitandi caussa, hinterlassen worden ist, welcher Beisatz mit dem Wort usus oder ususfructus verbunden immer das ius habitandi bezeichnet, l. 10. §. 3. D. de usu et hab., durch das Recht zu vermiethen, welches dem habitator unbeschränkt, l. 13. C. de usufr. et hab, dem usuarius aber nur insofern zusteht, als er gleichzeitig das Haus selbst be-

wohnt, l. 2. §. 1. l. 4. pr. l. 8. D. de usu et hab. l. 1. 3. C. de usufr. et hab. b) Grundstücke, welche Früchte hervorbringen, und, wie vorauszusetzen ist, auch ohne das Recht diese fructus zu ziehen einen Gebrauch gestatten. Das Recht auch von den Erzeugnissen des Grundstücks so viel als ad usum quotidianum gehört, sich anzumaaßen, fand nach römischen Recht in dem Fall statt, wenn usus fundi, d. h. eines öconomischen Ganzen hinterlassen worden war. l. 12. §. 1. D. de usu et hab. dies mag wohl auch bei dem Auszug für den Fall gelten, wenn der usus eines Garten hinterlassen worden ist; allein schwerlich auch dann, wenn der usus einzelner Feldstücke überlassen worden seyn sollte.

8) z. B. Wagen, Ackergeräthschaften, die Waschblase.

9) Ueber usus pecoris; vgl. §. 4. J. l. 12. §. 2. 3. 4. D. de usu et hab. Ein Gebrauch des Viehes ohne Benutzung läßt sich eigentlich nur bei dem Zugvieh denken, diesen Gebrauch darf aber der usuarius nur für sich selbst, nicht um Lohn für andre machen, wenn nicht Lohnfuhren zu seinem Gewerbe gehören und bei Bestellung des usus bekannt war, daß er dieses Gewerbe trieb. Andres Vieh, wie Schafe, Ziegen, Schweine kann ad stercorandum agrum gebraucht werden. Vgl. l. 12. §. 2. D. de usu et hab. und obige not.. Ist davon die Rede, ob Kühe als Zucht oder Zugvieh zu betrachten seyen, so muß jeden Falls darauf gesehen werden; ob und in wie weit dieselben von dem Eigenthümer des Grundstücks selbst verwendet werden. Das römische Recht handelt auch von dem usus ministerii, d. l. 12. §. 5. und etwas ähnliches kann h. z. T. vorkommen, wenn das Gesinde des Eigenthümers zugleich zur Bedienung des usuarius verwendet werden muß.

§. 10.

III. Das Recht der Wohnung, welches gewöhnlich bei dem Auszug vorzukommen pflegt, und bei einem Auszug, welcher Versorgung des Auszüglers bezweckt, als stillschweigend einbegriffen angesehen werden muß [1]), übrigens in der Regel frei, d. h. ohne Verpflichtung Mieth-

zins zu zahlen[2]), ausgeübt wird, kommt bald unbedingt, bald alternativ mit der Bestimmung: statt der Wohnung dem Auszügler zu seinem anderweiten Unterkommen ein Aequivalent in Gelde zu reichen, welche zu Gunsten sowohl des Auszüglers als des Eigenthümers beigefügt seyn kan[3]), vor. Es ist entweder ein Recht auf den ausschließlichen Gebrauch gewisser besondern Behältnisse, welche ein eignes Gebäude bilden, oder doch bestimmte Theile eines andern Gebäudes ausmachen, oder ein bloßes **ius cohabitandi**, ein Recht der Theilnahme an der Wohnung, welche der Eigenthümer gebraucht. Welches dieser beiden Arten des Wohnungsrechts Statt habe, hängt von der Bestimmung der Interessenten ab; nur wenn gewisse Behältnisse ehemals zur Wohnung des Auszüglers bestimmt gewesen sind, ist anzunehmen, daß dieselben Behältnisse dem neuerdings eintretenden Auszügler zur Bewohnung eingeräumt worden seyen[4]). Ein bloßes Recht an der Wohnung des Eigenthümers Theil zu nehmen, giebt dem Auszügler nur ein sehr beschränktes Befugniß, welches im Verhältniß zu den Befugnissen des Eigenthümars als ein diesen untergeordnetes, durch das nothwendige Bedürfniß begränztes erscheinet, mit welchem dann aber auch keine Pflicht irgend einen Aufwand zu bestreiten verbunden ist[5]). Weiter erstreckt sich dagegen das Recht des Auszüglers, dem gewisse Behältnisse ausschließlich zum Gebrauch angewiesen worden sind. Wie weit aber hier das Recht des Auszüglers über die ihm angewiesene Wohnung zu disponiren, und die entsprechende Pflicht zu Erhaltung und Verrechtung der Sache beizutragen sich erstrecke, das bleibt im Allgemeinen ziemlich unbestimmt, wenn man nicht den für die römischen **servitutes personales** des **usus aedium** und der **habitatio** aufgestellten Grundsätzen auch hier Gültigkeit zugesteht[6]). Am meister

der römischen **habitatio**, einem in Ansehung der Art der Benutzung beschränkten **usus fr. aedium** scheint das Recht des Auszüglers, dem ein eignes Auszugshaus angewiesen worden ist, sich zu nähern[7]), wogegen der Fall, in welchem dem Auszügler in dem Hause des Eigenthümers gewisse Behältnisse ausschließlich angewiesen sind, mehr als **usus** zu betrachten ist[8]). Manche andre Bestimmungen in Ansehung des Wohnungsrechtes des Auszüglers sind beiden Fällen, in welchen dem Auszügler ein ausschließliches Benutzungsrecht zusteht, gemein[9]). Betrachtet man dagegen den Fall, in welchem dem Auszügler ein ganzes Haus zur ausschließlichen Bewohnung angewiesen worden ist, im Gegensatz zu dem, in welchem er ein Haus bewohnet, dessen Benutzung und Gebrauch auch dem Eigenthümer zusteht, so ist in dem erstern Fall die Frage: welche Folgen der Untergang des Hauses nach sich ziehe? von vorzüglicher Wichtigkeit[10]); während als dem letztern Fall vorzüglich eigen nur das Recht des ungehinderten freien Zutritts in das zu dem gemeinschaftlichen Gebrauch angewiesene Haus hervorzuheben ist[11]). Uebrigens kann in dem erstern der nurerwähnten Fälle, sowohl von einem bereits vorhandenen, als von einem erst zu errichtenden Gebäude die Rede seyn[12]).

1) vgl. l. 6. D. de alim. leg. In dieser Maaße ist nach dem angezogenen Gesetz wenigstens eine Verfügung zu interpretiren, durch welche Alimente **bestellt** werden. Wogegen eine Verhandlung, durch welche Alimente **aufgegeben** werden sollen, einer strengern Auslegung unterliegt, so daß z. B. eine transactio über Alimente überhaupt nicht auf habitatio zu beziehen ist; l. 8. § 12. D. de transact. Unter der Kost ist aber Wohnung nicht mit begriffen. l. 4. D. de alim. leg. Vorauszusetzen ist jedenfalls ein bewohnbares Grundstück, wenn unter den Auszugsemolumenten das Recht der Wohnung als einbegriffen angesehen werden soll.

2) Entrichtung eines Aequivalents für die überlassene Wohnung wird nur dann vorkommen, wenn dem Auszügler der ausschließliche Gebrauch der zur Wohnung angewiesenen Behältnisse überlassen worden ist; hiermit wird das Recht des Auszüglers keineswegs auf das Recht eines bloßen Miethmanns herabgesetzt, und es ist sehr die Frage, ob derselbe wegen nicht erfolgter Zahlung des Aequivalents ipso iure der Wohnung verlustig werde; dies wenigstens dann, wenn der Eigenthümer seiner Forderung wegen auf andre Weise, z. B. durch Compensation mit andern Auszugspraestandis sich erholen kann. Wäre dies nicht der Fall, so scheinen allerdings die bekannten Billigkeitsmaximen: nemo cum damno alterius etc. etc. und frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari cui fidem a se praestitem servare recusat — c. 75. X. de reg. jur. in 6to. dem Eigenthümer, der auf andre Weise Entschädigung nicht erhalten kann, zu Statten zu kommen.

3) Von selbst versteht sich also das Recht, statt der Wohnung ein Geldaequivalent zu fordern oder anzubieten, nicht. Es fragt sich aber, ob nicht officio iudicis ein solches Aequivalent eintreten könne, auch wenn dasselbe nicht bedungen ist? Dies nimmt in dem Fall, wenn eine nicht durch gütliche Mittel zu hebende Unverträglichkeit dem Auszügler die Wohnung verleidet, an Thierfeld §. 27. Ein solches Auskunftsmittel zu wählen, scheint allerdings dann dringend nothwendig, wenn der Auszügler keine Behältnisse ausschließlich zur Wohnung zu benutzen hat; schwerlich aber auch dann, wenn der Auszügler ein eignes Haus ausschließlich benutzt. Sollte nicht aber auch unter den angenommenen Voraussetzungen der Eigenthümer zu hören seyn, wenn er statt der Natural-Wohnung ein Aequivalent in Gelde, für welches der Auszügler eine angemessene Wohnung erlangen kann, offeriret? So scheint es die bekannte Regel: iura contrahentium debent esse aequalia, mit sich zu bringen. Nur würde in dem letztern Fall der Eigenthümer gehalten seyn, die Auszugspraestanda, welche der Auszügler in der angewiesenen Wohnung gleichzeitig zu genießen hatte, an dem Ort der anderweiten Wohnung zu prästiren, ohne auf die Regel, daß der Aus-

zug nicht über die Schwelle verabreicht zu werden brauche, sich berufen zu können. Ist ein Aequivalent statt des Miethzinnses ausdrücklich bestimmt; so scheint wenigstens bei dem vorbehaltenen Auszug, bei welchem jede Beschränkung eines vorbehaltenen Rechts streng zu erklären ist, angenommen werden zu müssen, daß dem Auszügler das Wahlrecht zustehe. Allein l. 21. §. 6. D. de c. emt. zeigt, daß es auch hier bei der allgemeinen Regel bleibt, vermöge deren in dubio der Schuldner das Recht zu wählen hat. Eine andre Frage würde seyn, ob, wenn einmal das eine gewählt worden ist, wiederum auf das andre zurückgegangen werden könne? Diese Frage scheint aus allgemeinen Gründen, vgl. l. 75. D. de R. I. c. 21. 33. X. de reg. iur. in 6to und a. l. 20. D. de opt. leg. verneinet werden zu müssen; die angez. l. 21. §. 6. D. de contr. emt. lehrt aber hier ebenfalls das Gegentheil. Sie spricht von der bei einem Verkauf vorbehaltenen habitatio, und läßt es dem Erwerber des Grundstücks frei, in dem einem Jahr die habitatio in natura, in dem andern das Aequivalent zu prästiren. Bei einer unter ähnlichen Modificationen legirten habitatio würde schon darum dasselbe anzunehmen seyn, weil hier legatum multiplex vorliegt, l. 11. §. 1. D. quib. mod. ususfr. l. 4. D. de ann. leg. Ob dasselbe auch in dem Fall eines constituirten Auszugs gelte, kann allerdings zweifelhaft erscheinen, namentlich dann, wenn von einem inter vivos constituirten Auszugs die Rede ist. Doch scheint auch hier gegen den Verpflichteten interpretirt werden zu müssen l. 39. D. de pact. Leyser sp. 41. m. 4. Dagegen folgt aus dem angezeig. Gesetz auch soviel, daß, wer auch die Wahl habe, das Wahlrecht in sofern beschränkt sey, als man nicht für beliebige kürzere oder längere Zeiträume mit der Naturalprästation und der Erlegung des Aequivalents wechseln kann, sondern daß man mit den Zeitabschnitten, für welche das Aequivalent bestimmt ist, einhalten müsse. Der Eigenthümer also, der ein Recht hat die Wohnung, oder Statt deren einen jährlichen Zins von 20 Rthlr. zu gewähren, kann nicht verlangen, daß der Auszügler auf 2 Monate mit dem pro rata tem-

poris zu fixirenden Aequivalent, und für die übrige Zeit mit der Naturalprästation sich abfinden lasse. Es versteht sich von selbst, daß auch ein solches ius variandi durch entgegengesetzte Vereinigung wieder aufgehoben werden kann. Uebrigens verfällt das Statt des Miethzinnses bestimmte Aequivalent, immer zu der Zeit, zu welcher nach Ortsgewohnheit Miethzinns bezahlt zu werden pflegt. l. 12. §. 5. D. qu. dies leg.

4) Runde II. §. 74. Ist über die Wohnung nichts bestimmt, so ist ein bloßes ius cohabitandi anzunehmen. Zachariae XXI. 5.; hat aber der Auszügler eine von dem Eigenthümer ihm angewiesene Wohnung ohne Vorbehalt angenommen, so kann natürlich weder der Auszügler noch der Eigenthümer ohne erhebliche Gründe seinen Willen einseitig ändern. Runde II. §. 30. Doch würde in einem solchen Fall der Eigenthümer zu hören seyn, wenn er Statt des eingeräumten ius cohabitandi ausschließliche Einräumung gewisser Behältnisse bewilligen sollte.

5) Daß Mehrern habitatio zustehen könne, folgt aus l. 22. §. 2. l. 40. D. de usufr. leg. Indeß ist die Theilnahme an der Wohnung des Eigenthümers, wie sie bei dem Auszug vorkommt, immer noch verschieden von einem gemeinschaftlichen Wohnungsrechte. Bei letztern haben die mehrern Berechtigten in der Regel gleiche Rechte. Bei der erstern hingegen ist die Theilnahme an dem Recht des Eigenthümers etwas diesem untergeordnetes und im Verhältniß zu den Rechten des Letztern auf das nothwendige Bedürfniß beschränktes Krause IV. 2. Runde II. §. 30. Thierfeld §. 29. Hier kann der Auszügler andre in der Wohnung nicht aufnehmen, außer die, welche zur Zeit der Constituirung des Auszugs an seiner Wohnung Theil nahmen. Selbst einen Hund oder eine Katze zu halten, wird ihm versagt werden müssen, was nach Thierfeld §. 25. überhaupt nur dem Auszügler zustehen soll, der ein eignes Haus bewohnet. Auch kann er nicht auf Einräumung gewisser Behältnisse zum ausschließlichen Gebrauch, die Schlafstelle ausgenommen, Anspruch machen; Thierfeld §. 19. Ob er wohl sich nicht wei-

gern kann, es anzunehmen, wenn der Eigenthümer mehr thut als er soll, ihm angemessene Behältnisse zur ausschließlichen Bewohnung anweiset. Von einem solchen ius cohabitandi, welches immer die Natur der Alimente hat, ist es also wohl ausgemacht, daß auf dasselbe die Grundsätze der römischen habitatio und usus nicht anwendbar sind, was auch dagegen Wernher I. §. 2. und Reinharth ad Christinaeum IV. 68. sagt.

6) Was das Recht der ausschließlichen Bewohnung gewisser Behältnisse betrifft, so wird die Frage: ob dieses Recht nach den für die römische habitatio geltenden Grundsätzen zu beurtheilen sey oder nicht? von den meisten Rechtslehrern verneint. Schon Hildebrand in diss. de mansione constituta et reservata §. 3. 18. 19. erklärte das, was er mansio, das Recht auf freie Herberge, nennt, für etwas von der habitatio und selbst von dem usus aedium des römischen Rechts verschiedenes, das keinen weitern Vortheil gewährt, als gewisse Behältnisse in dem Hause eines andern unentgeldlich bewohnen zu dürfen. Das Nämliche lehrt Runde II. §. 30. von dem Wohnungsrecht, das mit dem auf dem Colonat beruhenden Auszug verbunden ist; und Krause IV. 2. Thierfeld §. 19. 20. von dem Auszug im Allgemeinen. Alle diese Rechtslehrer nehmen an, daß der Auszügler nicht mehr, sondern weniger Recht habe als der, dem die römische habitatio zusteht, daß aber auch die Pflichten des Auszüglers nicht soweit sich erstrecken, als die des Inhabers einer habitatio. Und in der That scheint nichts natürlicher, als, wenn das eine angenommen wird, das andre als Folge daraus abzuleiten. Ein Befugniß, welches dem Inhaber einer habitatio zugestanden, dem Auszügler aber abgesprochen wird, ist das Befugniß, die ihm angewiesene Wohnung andern zu überlassen. Hier fragt sich vor allen Dingen, ob ein solches Recht dem Inhaber der servitus personalis habitationis zustehe? Daß derselbe, wie der usuarius, andre, selbst miethweise, in die Wohnung aufnehmen könne, wenn er dieselbe zugleich mit bewohnt, leidet wohl keinen Zweifel. Es scheint demselben aber auch noch mehr, nemlich das Recht zu vermiethen, zuzustehen. Denn

wenn man auch die Bestimmung der l. 13. C. de usufr. et hab., weil sie von einer habitatio legata spricht, und genau genommen, nur eine Vorschrift darüber, wie ein solches legatum zu interpretiren sey, zu enthalten scheint, nicht beachtet, so spricht doch dagegen §. 5. J. de usu et hab. allgemein, und es folgt jenes Befugniß auch schon daraus, daß der habitator in Beziehung auf die utilitas, welche durch Bewohnen gewonnen wird, dem usufructuarius gleichstehet, dieser aber in der Regel die ihm angewiesene Sache verpachten kann. l. 12. §. 2. l. 15. §. 4. 5. l. 27. §. 1. D. de usufr. Demgemäß achtet man auch den habitator, wie den usufructuarius verpflichtet, den zu Erhaltung und Verrechtung der Sache erforderlichen Aufwand zu übertragen. Lyncker de iure habitat. Jen. 1704. sect. VII. m. 2. §. 2. ff. Dies alles soll nun bei dem Wohnungsrecht des Auszüglers nicht Statt finden. Es fragt sich nun, welche Gründe man habe, um die Bestimmung des röm. Rechts über habitatio hier auszuschließen? In Ansehung des Auszugs, welcher auf dem Colonat beruhet, mögen solche Gründe, sowohl aus der Natur des Instituts, als auch aus gesetzlichen Bestimmungen sich ableiten lassen. Ein Gleiches gilt auch für den Auszug, welcher als Sache einer willkührlichen Vereinigung erscheint, in dem Fall, wenn feststehet, daß der Auszug die Natur der Alimente habe; denn hier läßt sich allerdings annehmen, daß der Auszügler durch die ihm eingeräumte Wohnung kein andres Emolument erhalten solle, als Freiheit vom Miethzins. Sieht man aber von diesen Fällen ab, so wird man in der That um einen Grund, welcher ausreicht, die Bestimmung des römischen Rechts für ausgeschlossen zu achten, verlegen. Da gesetzliche Bestimmungen mangeln, so wäre ein solcher Grund nur etwa in der Natur des Vorbehalts, durch welchen der Auszug bestellt wird, zu suchen. Man müßte annehmen, daß der, welcher die Wohnung an einem Hause sich vorbehält, weniger Rechte erlange, als der, welcher ein gleiches Recht an einem fremden Hause sich bedingt. Für diese Annahme fehlt es aber eben wieder an einem zureichenden Grund. Und wollte man dafür anführen,

daß jeder Vorbehalt streng zu erklären sey, so würde, wie bereits erwähnt, dagegen wieder sich sagen lassen, daß auch eine Verzicht streng erklärt werden müsse. Wie dem aber auch sey, es kann nicht fehlen, daß man nicht bei der Annahme: das dem Auszügler eingeräumte Wohnungsrecht begreife weniger in sich, als die römische habitatio; auf unsichern Grund und Boden gerathe. Man weiß nun zwar, daß der Auszügler weniger Rechte und Pflichten hat, als der, dem die servitus personalis der habitatio zusteht; aber wie weit nun eigentlich seine Rechte und Pflichten sich erstrecken; ob er nicht wenigstens die Rechte eines usuarius oder eines bloßen conductor habe? das weiß man nicht. Gewiß ist also unter der angenommenen Voraussetzung, daß der Auszügler ein unbeschränktes Recht zu vermiethen, wie es dem habitator nach §. 5. J. de usu et hab. l. 13. C. de usufr. et hab. zusteht, nicht hat. Aber hat er nicht wenigstens die Rechte eines usuarius? Kann er nicht Personen, die zu seiner Familie gehören, oder Besucher aufnehmen? Kann er nicht auch unter den Beschränkungen, wie der usuarius, d. h. theilweise, so daß er selbst einen Theil der Wohnung für sich behält, vermiethen, wie dies l. 2. 3. 4. 5. 6. 8. pr. l. 10. pr. l. 11. 22. D. de usu et hab. bestimmt? Das erste nimmt man allgemein an, nicht so das letztere; warum? dafür wird kein Grund angeführt, der nicht auch auf den usuarius paßte. Nimmt man an, daß dem Auszügler nicht das volle Recht der römischen habitatio zustehe, so scheint ferner gewiß, daß der Auszügler nicht verbunden ist, zu Erhaltung der ihm zur Wohnung angewiesenen Behältnisse Aufwand zu machen, wie dies der habitator nach Analogie des usufructuarius zu thun verbunden seyn würde. Allein bleibt er nicht wenigstens wie nach l. 18 D. de usu et hab. der usuarius verpflichtet? Auch dies wird geleugnet. Vgl. Thierfeld §. 20. Mirus IV. §. 15. nach welchem der Auszügler auch in Bezug auf die ihm angewiesene Wohnung impensas modicas übertragen soll. — Um nicht ganz im Ungewissen zu schweben, bleibt bei der Annahme, daß das Wohnungsrecht des Auszüglers weniger enthalte, als die römische habitatio, nichts anders

übrig, als auf die servitus personalis, welche dem Umfang nach zunächst unter jener steht, den usus zurückzugehen, und diese als Basis für die Rechte und Verbindlichkeiten des Auszüglers in Beziehung auf Wohnungsrecht anzunehmen.

Wäre übrigens der Fall so gestaltet, daß der Auszügler für die ihm angewiesenen Behältnisse einen Miethzinns zahlte; so müßten die Rechte und Verpflichtungen des Auszüglers denen des conductor gleichgestellt werden, obschon die Verpflichtung, Wohnung in dem Grundstück zu fordern auf diesem als onus reale haftet.

7) Daher nimmt hier auch ein Recht zu vermiethen an Wernher I. 2. II. 2. Hat in diesem Fall der Auszügler das Recht zu vermiethen, so kann ihm auch das Recht, die Wohnung ohne Entgeld andern zu überlassen, nicht abgesprochen werden. Denn in der scheinbar entgegenstehenden l. 10. pr. D. de usu et hab. herrscht wohl noch die durch l. 13. C. de usufr. et hab. beseitigte Ansicht vor, daß habitatio eine Art des usus sey; auch ist es nicht unwahrscheinlich, daß das Gesetz die Unstatthaftigkeit der Uebertragung des ganzen Befugnisses ausspreche, wenn gleich nur ein specieller Fall der Uebertragung erwähnt wird, daß sie also im Grunde nichts andres sage, als was an andern Orten über cessio ususfr. gesagt wird. Selbst wenn der Auszug Versorgung des Auszüglers zum Zweck hat, läßt sich etwas andres nicht annehmen, so lange man nicht nachzuweisen vermag, daß auch die vertragsmäßig übernommene Alimentationspflicht nur subsidiär sey. Was die Pflicht zu Erhaltung und Verrechtung des Auszugshauses anlangt, so scheint diese dem Auszügler um so mehr obzuliegen, als die Pflicht, das Haus zu erhalten und zu verrechten, nach der bereits angeführten l. 18. D. de usu sogar dem bloßen usuarius obliegt. Vgl. Hildebrand de mans. const. et reserv. §. 24. Dies selbst dann, wenn dem Auszügler das Recht zu vermiethen nicht zustehen sollte, sobald nur der Eigenthümer von der Benutzung des Hauses gänzlich ausgeschlossen bleibt. Indessen stärker als der usufructuarius ist auch der Auszügler dem das ius habitandi zusteht, nicht verpflichtet, daher er auch nur den mäßigen

Aufwand überträgt, Krause IV. 5. Runde II. §. 45. A. M. ist Thierfeld §. 20., nach welchem der Auszügler gar keinen Aufwand wegen Unterhaltung und Verrechtung der Auszugswohnung zu übertragen hat; wobei aber nur von einem Auszug die Rede ist, welcher Versorgung des Auszüglers zum Zweck hat. — Es fragt sich übrigens, ob der Auszügler, dem ein eignes Auszugshaus ausschließlich zur Bewohnung angewiesen worden ist, auch ein Recht auf die etwanigen accessoria des Hauses, wie z. B. das Gärtchen, den Hof und den Brunnen habe? Vorausgesetzt, daß diese Zubehörungen nicht früher schon als Pertinenzen des Auszugs benutzt wurden, ist diese Frage nicht eben leicht zu beantworten. Daß unter dem Verkauf oder dem Legat eines Hauses dgl. accessoria begriffen sind, lehrt l. 13. §. 31. l. 18. pr. l. 38. §. 2. l. 52. §. 3. D. de A. E. V. l. 91. §. 4. 5. 6. D. de leg. 3. Vergleicht man dagegen das, was über das Recht des usufructuarius, welchem man in Beziehung auf die bestimmte Art der Benutzung durch Bewohnen dem habitator gleichstellen kann, rücksichtlich der Benutzung der accessiones praedii ausgesagt wird, so wird die Sache zweifelhaft. Es ist zwar gewiß, daß der usufructuarius einen Anspruch auf alle accessiones des Grundstücks hat, welche entweder einen Nutzen wirklich gewähren, oder doch ihm überlassen bleiben müssen, wenn anders der usus fructus des Grundstücks Statt haben soll; allein was accessiones betrifft, welche weder selbst Nutzungen gewähren, noch zu Ausübung des usus fructus überhaupt unumgänglich nöthig sind, so ist dies anders. Es wird verneinet, daß der usufructuarius auf utilitates und servitutes Anspruch machen könne, deren Entbehrung bloß bewirken würde, ut cum aliquo incommodo utatur l. 1. D. si usus fructus neg., wo der Satz in prooem. durch die Bestimmung des §. 4. beschränkt wird. Würde hiernach anzunehmen seyn, daß in dem Erwerb des usus fr. weniger enthalten sey, als in dem Erwerb des Eigenthums durch Kauf, so scheint gleichwohl in andrer Beziehung das Recht des usus fr. weiter, als der Erwerb des Eigenthums durch Kauf oder Legat sich zu erstrecken;

insofern der usufructuarius immer auch das instrumentum fundi vel domus benutzen kann, was in dem Verkauf oder Legat nicht begriffen ist. Vgl. oben not. 4. Bei diesen entgegengesetzten Bestimmungen fragt sich nun, welche als Ausdruck der Regel, welche als Ausnahme anzusehen sey? Wenn man annehmen darf, daß, was l. 67. D. de contr. emt. von der Uebertragung des Eigenthümers ausgesaget: daß nämlich dominium cum sua caussa quae esset futura, si apud nos res mansisset übergehe; auch anwendbar sey auf Uebertragung der dinglichen Rechte, welche, wie der usufructus einen Bestandtheil des Eigenthums enthalten, so kann man nicht umhin, die Bestimmung der l. 1. §. 4. D. si usufr. pet. für eine auf servitutes und ähnliche Befugnisse zu beschränkende Ausnahme zu achten. Man muß daher den usufructuarius, und also auch dem habitator für berechtiget halten, die accessoria des Hauses, soweit sie für die Bewohnung von Nutzen sind, zu gebrauchen, wenn der Eigenthümer sie selbst bisher in dieser Maaße gebraucht hat. Demnach ist in der habitatio gewiß der Gebrauch der Hofrhede, und was dieselbe für den Zweck der Bewohnung enthält, wie der des Brunnens begriffen. Eben dies gilt von Ställen für Vieh, welches der Auszügler zu halten berechtiget ist; obwohl, wenn demselben ein solches Recht nicht vorbehalten worden ist, das Gegentheil angenommen wird, bei Hahn ad Wesenbecc .tit. de usu et hab. n. 3. Krause IV. 3. Dagegen kann gezweifelt werden; ob vermöge desselben auch ein Anspruch auf Gebrauch, nicht Benutzung, welche jedenfalls ausgeschlossen bleibt, des Gartens zustehe; da der Garten zu ganz andern Zwecken dient, als eine Wohnung und die Verbindung mit der Wohnung als etwas zufälliges erscheint. Vgl. übrigens Lyncker de iure habitat. Jen. 1704. sect. IV. §. 6. 9—14. Hildebrand de mansione constituta et reservata §. 17.

8) Dies anzunehmen ist man genöthiget, wenn man nicht ganz im Dunkeln tappen, und die Entscheidung in streitigen Fällen von der Willkühr abhängen lassen will. Dem zu Folge wird gemäß der l. 18. D. de usu et hab. der Auszügler zu Verrechtung und Erhaltung der Sache nichts beizutragen ha-

ben; und nur der Aufwand, welcher zu Erhaltung der Reinlichkeit nnd Ordnung gehört, und durch die Bewohnung selbst veranlaßt wird, wie Scheuern und Weisen fällt ihm zur Last. Vgl. Mirus IV. §. 15. Dagegen kann er weder vermiethen, noch dritte Personen, die nicht zu seiner Familie gehören, auf andre Weise als Gäste aufnehmen; und selbst diese aufzunehmen ist er behindert, wenn er nicht selbst die Wohnung innen hat. Vgl. die oben angef. Gesetzstellen des röm. Rechts; obwohl auch schon nach röm. Recht dem usuarius verstattet war, während seiner temporären Abwesenheit einen dritten in der Wohnung zurückzulassen. l. 22. D. quib. mod. ususfr.

9) Hierher gehört A) die Frage, ob der Auszügler ein Recht habe zu verlangen, daß die angewiesenen Behältnisse in bewohnbarem Stande ihm übergeben werden. Diese Frage findet man bejahet in Ansehung der habitatio bei Lyncker de iure habitat. sect. V. §. 6. und was den Auszug betrifft, Thierfeld §. 20. Die Meinung des letztern scheint allerdings der Annahme, daß der Auszügler nicht gehalten sey, zu Erhaltung der Wohnung etwas aufzuwenden, vollkommen entsprechend. Allein es ist denn doch ein Unterschied zwischen Einrichtung und Erhaltung einer angewiesenen Wohnung. Der Auszügler, welcher gewisse Behältnisse sich vorbehielt, muß, wenn er nicht etwas anders sich bedungen hat, die Sache in dem Zustand übernehmen, in welchem dieselbe zur Zeit des Vorbehalts sich befand. Etwas anders würde würde freilich in dem Fall einer nicht vorbehaltenen, sondern constituirten Wohnung gelten. Hiermit hängt B) die Frage zusammen, ob der Auszügler von dem Eigenthümer Anschaffung des nöthigen Mobiliars fordern könne? Die Frage wird, wiewohl ohne Anführung besonderer Gründe, bejahet von Thierfeld §. 20 in Ansehung des Ofen, der Thüre, Fenster, der Bettstelle, des Tisches und der Stühle. Allein in Ansehung des eigentlichen Hausgeräthes ist dies schlechterdings zu verneinen; denn dies ist selbst, wenn dergleichen bereits vorhanden war, nicht einmal unter dem Kauf oder Legat eines Hauses, wenn gleich unter dem ususfr. aedium

begriffen. l. 17. pr. D. de A. E. V. l. 14. D. de supell. leg. l. 9. §. 7. l. 15. §. 6. D. de usufr. Glück IX. §. 633. S. 199. XIV. §. 983. S. 100. Was das übrige zur Bewohnbarkeit nöthige Mobiliar betrifft, so muß aus den ad A) angegebenen Gründen ebenfalls angenommen werden, daß der Auszügler, wenn er nicht etwas anders sich vorbehalten hat, die angewiesenen Behältnisse in statu quo zu übernehmen gehalten sey. Es fragt sich C) ob der Auszügler, der die ihm angewiesenen Behältnisse nicht benutzt, ein Recht habe, den Verpflichteten von Benutzung derselben auszuschließen? Dies bejahet Thierfeld §. 21. und allerdings scheint solches dem, was in Ansehung des usus in l. 10. §. 4. l. 15. §. 1. l. 22. §. 1. D. de usu et hab. verordnet ist, vollkommen gemäß. Der Auszügler kann verhindern, daß die ihm angewiesenen Behältnisse, auch wenn er von denselben keinen Gebrauch macht, der Eigenthümer benutze. Hat er aber dies ius prohibendi nicht geltend gemacht und der Eigenthümer immittelst einen dem Auszug unschädlichen Gebrauch von den Auszugsbehältnissen gemacht, so erscheinen die oben angeführten allgemeinen Gründe, aus welchen ein Anspruch auf Entschädigung dem Auszügler abgesprochen wird, dann um so mehr gültig, wenn angenommen wird, daß dem Auszügler das volle Recht der servitus habitationis nicht zustehe.

10) Nach den oben angeführten allgemeinen Grundsätzen ist es allerdings zweifelhaft, ob das Recht des Auszüglers an dem hergestellten Auszugshause wieder erwache. Indeß nehmen dies an Klingner I. §. 194. Thierfeld §. 20. Runde II. §. 32. 45. 77. Die beiden erstern setzen voraus, daß der Auszug die Natur der Alimente habe; der letztere spricht von dem auf den Colonat gegründeten Auszug. War das untergegangene Haus ursprünglich zum Auszugshaus bestimmt, so läßt sich allerdings vertheidigen, daß mit Herstellung eines andern Gebäudes an die Stelle des untergegangenen das Recht des Auszüglers wieder erwache; schwerlich aber in dem Fall, wenn das untergegangene Gebäude zu andern oder zu unbestimmten Zwecken diente, und nur vermöge besonderer

Uebereinkunft dem Auszügler zur Wohnung angewiesen ward. Man kann dagegen die Analogie des Pfandrechts nicht anziehen, welches mit Herstellung des verpfändeten oder untergegangenen Hauses wieder erwacht, l. 21. D. de pign. act. l. 2. §. 29. D. de pign. weil das Pfandrecht auf der area mit haftet, und das darauf Erbaute zugleich afficiret. Das Recht des Auszüglers als onus reale betrachtet haftet nun zwar auch auf dem Grundstück; allein in dem angenommenen Fall ist dem Anspruch auf Wohnung durch Einräumung des bestimmten Hauses Genüge geschehen, mithin diese Forderung und in tantum auch das ius reale erloschen. Ob der Auszügler auch die Wiederherstellung des vorigen Gebäudes fordern könne? ist hiermit noch nicht entschieden. Bejahet wird dies von Klingner, Runde, Thierfeld a. a. O. und so soll auch der S. St. in Leipzig entschieden haben. A. M. ist Zachariae qu. XXI. §. 6. nach welchem der Eigenthümer bloß dem Auszügler eine andre angemessene Wohnung und zwar in den zu dem Grundstück gehörigen Gebäuden anzuweisen gehalten ist. Ein besonderer stringenter Grund für das letztere läßt sich, abgesehen von dem Fall, wenn der Auszug die Natur der Alimente hat, nicht anführen; wenn man nicht dafür gelten lassen will, daß das Recht des Auszüglers, Wohnung zu verlangen, als ein naturale des Uebereignungsvertrags anzusehen sey; und demnach, wenn nicht auf diese, dennoch auf irgend eine andre Weise gewährt werden müsse. Wenn der Auszügler kein besonderes Haus zur Wohnung angewiesen erhalten hat, sondern ein und dasselbe Haus mit dem Eigenthümer bewohnt, so geht natürlich mit dem Untergang des Gebäudes der Anspruch auf Wohnung gegen den Eigenthümer nicht verloren; namentlich behält er ein Recht, an der zeitigen Wohnung des Eigenthümers Theil zu nehmen; und nur in dem Fall, wenn ihm gewisse Behältnisse in dem untergegangenen Hause zur ausschließlichen Benutzung angewiesen worden waren; entsteht die Frage, ob er ebenfalls ein Recht habe, Behältnisse ausschließlich zur Wohnung zu verlangen? So sehr die Billigkeit dafür spricht, daß in einem solchen Fall der Auszügler seine

Ansprüche beschränke, so scheint dies dennoch ein durchgreifender Grund nur dann, wenn die früher ausschließlich benutzten Behältnisse ihm durch den Willen des Eigenthümers angewiesen worden waren; nicht auch dann, wenn er vermöge Vorbehalts bei der Uebereignung einen Anspruch darauf hatte. Eben so ausgemacht ist es, daß mit Wiederherstellung des Grundstücks das Recht des Auszüglers in dem Umfang wieder erwache; in welchem es vor dem Untergang bestand; und hier fällt auch der hauptsächlichste Grund hinweg, welcher in dem Fall, wenn dem Auszügler ein bestimmtes Haus ausschließlich zur Wohnung angewiesen worden ist, dem Recht, Wiederherstellung des untergegangenen Gebäudes zu fordern, entgegensteht; denn hier ist keine species verloren gegangen. Das Recht des Auszüglers ein andres Unterkommen statt der verlornen Wohnung zu fordern aber angenommen, so kann dasselbe darum keine Veränderung erleiden, weil der Auszügler zufällig im Stande ist, ein freies Unterkommen anderwärts zu erlangen. Inzwischen wird man doch wohl zugeben müssen, daß hier, so wie in ähnlichen Verhältnissen, in welchen es um Rechte und Verbindlichkeiten des Auszüglers sich handelt, ein Fall vorliege, in welchem bonus iudex varie ex personis caussisque constituet.

11) Dies Recht äussert sich denn namentlich in dem Anspruch auf einen Hausschlüssel; obwohl nach Thierfeld §. 19 der Auszügler denselben nur dann zu fordern das Recht haben soll, wenn er in demselben Hause Behältnisse ausschließlich bewohnet. Außerdem soll er bloß berechtiget seyn, bis zu der durch die Polizei-Gesetze bestimmten Stunde Einlaß in das Haus zu fordern. Allein, welche Polizei-Gesetze bestimmen, zu welcher Zeit ein Einwohner in seinem Hause seyn müsse? Offenbar wird hier auf die Gesetze gezielt, welche verordnen, zu welcher Zeit die Schenkstätten geschlossen werden müssen. Allein, wer aus seinem Hause abwesend ist, der ist nicht immer in der Schenke. Demnach würde der Auszügler, dem das bloße ius cohabitandi zusteht, in Ansehung des freien Zutritts zu dem Hause der Willkühr des Hauseigenthümers Preis gegeben; wenn man ihm nicht

dasselbe Recht zugestehen wollte, welches man dem einräumt, der in demselben Hause gewisse Behältnisse ausschließlich bewohnt, und diese Willkühr läßt sich dadurch allein, daß sein Wohnungsrecht dem des Eigenthümers untergeordnet ist, nicht rechtfertigen. Auch hat in der That der Eigenthümer, der einen Hausschlüssel zugestehen muß, wenn der Auszügler gewisse Behältnisse ausschließlich bewohnt, kein Interesse denselben zu verweigern, wenn dem Auszügler ein bloßes ius cohabitandi gebühret.

12) Der sächsische Befehl vom 23. May (Junius?) 1731. C. A. C. I. 1 S. 1285., welcher den Anbau neuer Häuser der Cognition der Landesbehörde unterwirft, jedoch nur auf Amtsortschaften sich beziehet, scheint allerdings auch auf Erbauung von Auszugshäuser angewendet werden zu können; da in dem Gesetz als Grund der Beschränkung auch die nothwendige Rücksicht auf Sparsamkeit mit dem zu dem Bau zu verwendenden Holz angeführt wird. Indeß ist dieser Grund doch nur ein untergeordneter. Der Hauptgrund bleibt immer, Nachtheile der Gemeinde und des Steuer-Interesses zu vermeiden. Und dieser Grund fällt weg, wenn die Rede davon ist, auf dem zu einem Hauptgrundstück gehörigen Raum ein Auszugshaus zu errichten, welches als Pertinenz des Hauptgrundstücks anzusehen ist. Sonst gelten, was das zu errichtende Auszugshaus betrifft, die oben im allgemeinen erwähnten Grundsätze.

§. 10.

Die zweite Klasse der Auszugsemolumente bilden die sogenannten persönlichen Leistungen d. h. solche, welche der Auszugsberechtigte von dem Verpflichteten, und zwar in der Regel ohne in Beziehung auf die Leistung irgend eine Art des Aufwands zu übertragen, zu empfangen hat[1]). Diese Leistungen sind es, welche als etwas selbstständiges in gewissen Zeitabschnitten[2]) und zwar in der Regel während der ganzen Dauer des Auszugs wiederkehren. Sie

bestehen entweder in dando oder in faciendo, können aber auch gemischter Natur seyn[3]). Sie beruhen auf einer obligatio personalis, die aber wegen ihrer Eigenschaft als onus reale nicht bloß den, welcher ursprünglich verpflichtet worden ist, sondern jeden Besitzer wegen der während der Dauer seines Besitzes verfallenen Leistungen verbindlich machen[4]). Bei denjenigen Leistungen, welche nicht in Geldzahlungen bestehen, kann an die Stelle der Naturalleistung eine Geldzahlung treten, wenn entweder eine alternative Verpflichtung ausdrücklich übernommen, oder ein rechtlicher Grund vorhanden ist, die Naturalleistung in eine Geldzahlung zu verwandeln[5]).

1) Während der Auszügler selbst die Emolumente der ersten Klasse aus der angewiesenen Sache zieht, ist bei den Emolumenten der zweiten Klasse immer ein Factum des Verpflichteten nöthig, durch welches der Berechtigte in den Genuß der bestimmten Vortheile gesetzt wird. Es können übrigens Emolumente dieser zweiten Klasse mit Emolumenten der ersten Klasse verbunden seyn, z. B. wenn dem Auszügler der usus fructus eines Ackers ausbedungen worden, und der Verpflichtete zugleich gehalten ist, den Acker zu bestellen. Daß der Auszügler dergleichen Leistung unentgeldlich und ohne zu dem deshalb erforderlichen Aufwand etwas beizutragen, empfange, gilt als Regel; Wernher II. §. 3., von welcher die Folgen namentlich in Ansehung der in dando bestehenden Leistungen unten sich zeigen werden.

2) Vgl. §. 1. not. 2.

3) Wie z. B. die Pflicht zur Beköstigung des Auszüglers, die Pflicht, den Holzbedarf desselben herbeizuschaffen.

4) In Ansehung des ursprünglich Verpflichteten oder seiner Erben reicht der Vertrag oder der anerkannte letzte Wille hin, um denselben verbindlich zu machen. Jeder andre Besitzer wird verpflichtet, weil er die Sache erwirbt, auf welcher die Pflicht, Auszugspraestanda zu gewähren, als onus reale haftet. Daß jeder Besitzer wegen der Leistungen, welche

während seiner Besitzzeit verfielen, hafte, und zwar auch dann noch hafte, wenn er nicht mehr Besitzer ist, läßt sich nicht bezweifeln. Wernher IV. §. 2. Maevius p. VI. dec. 316. Allein bestritten ist, ob der Besitzer auch für Prästationen hafte, welche nicht während seiner Besitzzeit verfallen, sondern von einem Vorbesitzer in Rückstand gelassen worden sind? Berücksichtiget man das, was für Reallasten im allgemeinen, etwa mit Ausnahme der öffentlichen Abgaben, als Regel angenommen wird, vgl. Eichhorn d. P. R. §. 166. II. Mittermaier d. P. R. §. 154. n. 8. Schwarz über Reallasten 14., so muß diese Frage verneint werden, vgl. auch Hommel obs. 339. Indeß sind gleichwohl a. M. Maevius p. IV. dec. 403. und was insbesondere den Auszug betrifft, Wernher IV. 4. Krause IV. 8. Biener qu. 23. ingleichen soviel den auf dem Colonat beruhenden Auszug anlangt, Runde II. §. 49. Die Urthel bei Klingner Beil. 226. 227. zeigen, daß früher die sächs. Dicasterien nicht einerlei Ansichten rücksichtlich dieses Punkts gehegt haben. Abgesehen von dem Auszug, der auf dem Colonat beruht, scheint die erstere Ansicht der Natur einer Reallast am besten zu entsprechen; wiewohl, wenn wegen der Auszugspraestanda zugleich Hypothek bestellt worden seyn sollte, das hypothekarische Recht wegen rückständiger Auszugspraestanda auch gegen den dritten Besitzer geltend gemacht werden kann.

5) Vgl. hierüber das bereits oben zu §. 9 Bemerkte. Ein Grund, aus welchem Statt der Naturalleistung Geldaequivalent gefordert werden kann, ist, was das Aequivalent für die Wohnung betrifft, in dem angezeigten §. ebenfalls angegeben worden. Ein andrer ist, was die praestationes personales betrifft, mora, sowohl des Gläubigers, als des Schuldners, wie aus dem Folgenden sich ergeben wird. Hier ist nur noch im Allgemeinen die Frage zu erwähnen, ob das an die Stelle der Naturalleistung tretende Aequivalent die Privilegien des Auszugs ebenfalls habe? Von dem Aequivalent, welches in Gemäßheit einer obligatio alternativa zu leisten ist, kann dies schwerlich bezweifelt werden. Dasselbe scheint auch von dem Aequivalent gelten zu müssen, welches

wegen einer mora des Schuldners an die Stelle der Naturalleistung tritt; denn die mora des Schuldners kann dem Gläubiger nicht schaden. So bliebe also nur die Frage, ob von dem Aequivalent, welches der Schuldner ob moram creditoris zu zahlen hat, dasselbe gelte? Wir glauben auch dies bejahen zu müssen; da die in poenam des Gläubigers angenommene Bestimmung, daß derselbe mit dem Aequivalent, statt der Naturalleistung sich begnügen müsse, nicht extensive erklärt werden kann. Vgl. übrigens, was die Eigenschaften des für Naturalleistungen zu zahlenden Aequivalents betrifft, Weiske quaest. iur. civ. Zwickau 1831. n. 5.

§. 11.

Auf diejenigen Leistungen, welche in einem Geben bestehen, sind die Grundsätze anwendbar, welche man in Beziehung auf sogen. Grundzinsen als gültig anerkennt [1]). Der Ort der Leistung ist das mit dem Auszug behaftete Grundstück [2]), in welchem sie der Verpflichtete in der Regel zu leisten und der Berechtigte zu empfangen hat. Was die Zeit der Leistung betrifft, so ist als allgemeine Regel anzunehmen, daß sie praenumerando, mit Anfang des bestimmten Zeitabschnitts prästiret werden müssen [3]). Wegen der in Rückstand gelassenen Leistungen hat der Auszügler wenigstens in Sachsen ein Vorzugsrecht im Concurse [4]), so daß derselbe eigentlich zur Sicherstellung seiner Forderung einer ausdrücklichen Hypothek nicht bedarf; obschon nach sächs. Recht diese ihm in mehr als einer Hinsicht nützlich seyn kann [5]).

1) Diese Grundsätze sind zusammengestellt bei Eichhorn d. P. R. §. 253. Mittermaier §. 159. 160. und zwar als solche, welche, für alle die verschiedenen Arten der Grundzinsen, sie mögen reservirt oder constituirt seyn, auf bloßer vertragsmäßiger Bestimmung oder auf einem Subordinationsverhältniß beruhen, gültig sind. Den Grundzinsen in dieser allgemeinen Bedeutung genommen, sind aber die Auszugsprae-

standa der hier in Frage stehenden Art unbedenklich beizuzählen. Auch werden die meisten jener Grundsätze von den Auszugspraestandis ausdrücklich ausgesagt.

2) In Ansehung der Auszugspraestationen, welche in dando bestehen, wird angenommen, daß der Auszug nicht über die Schwelle gereicht zu werden brauche, d. h. daß der Verpflichtete seiner Pflicht genüge, wenn er das, was er zu geben hat, in dem belasteten Gut leistet. vgl. Klingner a. a. O. §. 195. u. Beil. 233. 234. Krause IV. §. 11. Runde II. §. 48. Thierfeld §. 26. Mirus IV. §. 4. VI. §. 6., womit die Ansichten des Schöppenstuhls zu Leipzig und des Appell. Gerichtes übereinstimmen. Wird hierbei vorausgesetzt, daß der Auszügler in dem Gute wohne, oder wenigstens ein Recht der Wohnung in demselben habe, so stimmt dies auch mit dem, was in Ansehung des locus solutionis bei den Grundzinnsen angenommen worden ist; vgl. Mittermaier §. 159. n. 4. Allein man nimmt es als gültig auch dann an, wenn der Auszügler nicht in dem Gute wohnet, und zwar ohne Unterschied, ob dies mit Einstimmung des Verpflichteten Statt finde, oder nicht. Nach Runde a. a. O. soll sogar eine ausdrückliche Bestimmung: daß der Verpflichtete den Auszug an den Ort folgen lassen müsse, an welchen der Auszügler sich wendet, nicht die Folge haben, daß der Auszug an diesen Ort kostenfrei geliefert werden müsse. Die letztere Annahme ist ganz gewiß dann richtig, wenn der Auszügler für verpflichtet geachtet werden muß, den Auszug in dem Gute zu verzehren, was aber freilich weder im Allgemeinen nachzuweisen, noch insbesondere als bestehend nach den in Sachsen gültigen Rechten anzunehmen ist. Allein, auch abgesehen hiervon, braucht mit einer Bestimmung, wie der erwähnten, nicht nothwendig der Sinn verbunden zu werden, daß die Auszugspraestanda an dem Aufenthaltsort des Auszüglers kostenfrei prästiret werden müssen; und wenn, wie es scheint, eine im Allgemeinen erfolgte Bestimmung gegen den Promissar interpretirt werden muß, so ist allerdings anzunehmen, daß der Verpflichtete zu nichts weiter als zur Ablieferung gegen angemessene Entschädigung

gehalten sey. Eine bereits oben §. 9. not. erwähnte Ausnahme dürfte dann gelten, wenn der Verpflichtete selbst die Veranlassung gewesen ist, daß der Auszügler seinen Wohnsitz außerhalb des Gutes wählte. Uebrigens ist Leistung der Auszugspraestanda in dem verhafteten Gute auch als Recht des Auszüglers zu betrachten; welcher namentlich, wenn der Verpflichtete etwa auswärts wohnt oder wirthschaftet, nicht genöthiget werden kann, die Auszugspraestanda an diesem Ort abzuholen. Runde II. §. 48.

3) Die annuae praestationes, welche in Gemäßheit eines Legats zu entrichten sind, verfallen und können gefordert werden mit dem Anfang des Jahrs l. 8. D. de ann. leg. l. 12. §. 1. 5. D. l. 1. C. quando dies leg. Was die annuae praestationes, welche vermöge Vertrags zu leisten sind, betrifft, so behauptet man wegen l. 42. 138. D. de V. O. das Gegentheil. Inzwischen spricht keine der angeführten Gesetzstellen eigentlich von annuis praestationibus. Auch l. 56. §. 4. D. de V. O. ist nicht gerade von annuis praestationibus zu verstehen, wenn man nicht l. 17. pr. D. de ann. leg. zu Hülfe nimmt; unter welcher Voraussetzung allerdings anzunehmen ist, daß auch die aus einem Vertrag schuldigen jährlichen, monatlichen Leistungen praenumerando verfallen. Was die bei dem Auszug vorkommenden Leistungen anlangt, so nimmt man ziemlich allgemein an, daß sie praenumerando verfallen, Carpzov. IV. resp. 62. Wernher IV. §. 2. Krause IV. 10. Zachariae XXI. qu. 4. Mirus V. 3. Runde II. §. 46. Insofern die Leistungen die Eigenschaft der Alimente haben, wie die meisten der genannten Rechtslehrer voraussetzen, läßt sich dies in der That auch nicht bezweifeln. Uebrigens ist zu bemerken, daß, wie aus dem Folgenden sich ergeben wird, der Zeitpunkt der Leistung nicht immer mit dem Anfang des Jahres, für welchen die Leistung gewährt wird, zusammenfällt. Eine andere Frage ist, ob mora praestandi sogleich mit Eintritt der Verfallzeit eintrete, oder eine interpellatio von Seiten des Auszüglers erfordert werde. Das erste nimmt das Appellationsgericht dann an, wenn der Auszügler in dem Gute oder einem dazu-

gehörigen Auszugshause wohnet. In dem entgegengesetzten Fall soll der Auszügler sich melden müssen. In Ansehung der Grundzinnsen erfordert von Seiten des Schuldners oblatio Berger Oec. II. 5. 28. not. 8. und dieser Meinung, welche jedoch nach Eichhorn §. 253. keinesweges auf allgemeinen Gründen beruhet, hat auch der S. St. bisher beigepflichtet. Vergl. auch Klingner Beil. 233. Alles dies kann natürlich durch besondere Bestimmungen in Verträgen oder letzten Willen abgeändert werden. Wäre die Einforderungszeit in die Willkühr des Auszüglers gegeben, so tritt nach der von dem Appellationsgericht angenommenen Meinung eine mora auf Seiten des Schuldners nicht eher als nach vorheriger Interpellation ein. Eine mora accipiendi wäre unter dieser Voraussetzung gar nicht denkbar, und der Verpflichtete demnach in dem Fall, wenn die praestanda in Naturalien bestehen welche aus dem Grundstück gewonnen werden, zugleich in die Nothwendigkeit versetzt, dieselben zur Disposition des Auszüglers aufzubewahren. Indeß muß man hier wohl annehmen, daß der Auszügler sich begnügen müsse, wenn ihm Naturalien von der bedungenen Qualität, es sey woher es wolle, geliefert werden.

4) Daß die ältern Rechtslehrer dem Anspruch wegen wiederkehrender Leistungen eine stillschweigende Hypothek oder doch ein Vorzugsrecht im Concurs zugestanden, ist bereits oben §. 3. Not. 4. bemerkt worden. Die neuern Rechtslehrer bestreiten, daß ein solcher Vorzug gemeinrechtlich begründet sey; Glück XIX. §. 1087[b] S. 58. §. 1094. S. 289. Eichhorn §. 118. 166. Mittermaier §. 160. Ueber das sächsische Recht ist ebenfalls die angeführte Note zu vergleichen. Das Vorzugsrecht, welches den vor Ausbruch des Creditwesens verfallenen Auszugsprästandis in Sachsen eingeräumt wird, gründet sich auf E. P. O. XLII. 8., und tritt daher nur unter der daselbst erwähnten Voraussetzung, daß dieselben nicht über 5 Jahre rückständig sind, auch nicht wegen der Verzugszinsen, wenn nicht etwa nebenbei eine Hypothek bestellt worden ist, ein; die pendente concursu verfallenden Auszugsprästationen sind dagegen als Massen-

schuld zu betrachten. Vergl. Biener qu. 23. Gottschalk III. 19. Mirus IV. 13. Nimmt man übrigens als Grund des den Auszugspraestandis zustehenden Vorzugsrechts die Eigenschaft des Auszugs als unbezahltes Kaufgeld an, wie das allerdings mehrere Rechtslehrer annehmen, so würde bei constituirtem Auszug rückständigen Auszugsprästationen ein Vorzugsrecht im Concurs nicht beizulegen seyn.

5) Vergl. Gottschalk disc. III. 19. Im Allgemeinen zeigt sich der Vortheil der Hypothek, abgesehen von dem ius distrahendi, in Ansehung der von rückständigen Auszugsleistungen zu entrichtenden Zinsen, insofern diese mit dem Hauptstamm in eine Klasse locirt werden; ferner in Ansehung des Hauptstamms selbst, insofern derselbe prioritätisch prästirt werden muß, auch wenn von Rückständen über 5 Jahr die Rede ist. Im Fall einer reservirten Hypothek erhalten die rückständigen Auszugspraestanda sogar ein Vorzugsrecht vor den oneribus. Daß übrigens die Bestellung einer Hypothek die Natur des Auszugs nicht aufhebe, ist schon oben bemerkt worden, und wird von Gottschalk a. a. O. bestätiget.

§. 12.

Die Auszugsprästationen, welche in einem Geben bestehen, sind Naturallieferungen oder Geldzahlungen. Was erstere betrifft, so kann statt derselben ein Aequivalent in Gelde gefordert oder gegeben werden, in dem Fall eines bedungenen Wahlrechts oder in Folge einer eingetretenen mora [1]). Sonst sind die Naturallieferungen verschiedener Art, je nachdem man entweder die Beschaffenheit derselben oder die Quelle, aus welcher sie entnommen werden sollen, berücksichtiget. In der ersten Beziehung kann das Object der Leistung sowohl eine Quantitas, die entweder in Erzeugnissen eines Grundstücks, wie Getreide, Kartoffeln [2]), Flachs, Gartenfrüchte, Heu, Stroh, Holz, oder in Erzeugnissen von Vieh, wie

Eier, Milch; beide Arten von Erzeugnissen entweder so, wie sie unmittelbar gewonnen werden, oder auf irgend eine Art zum Gebrauch zubereitet, wie die Getreidearten ausgedroschen, gemahlen, in Brod verwandelt, das Obst gebacken, die Milch zu Butter oder Käse verarbeitet, das Holz gehackt [3]), bestehet, als auch eine species, ein Stück Vieh, wie ein Schwein, eine Gans ꝛc. [4]), seyn. In der zweiten Beziehung kommt vornehmlich in Betracht, ob die Nutzungen des Grundstücks als Quelle angewiesen worden sind, oder nicht. In dem ersten Fall treten eigenthümliche Bestimmungen in Ansehung der Qualität des zu Leistenden [5]) ein, und das was über den locus solutionis gesagt worden ist, kommt ganz besonders hier in Anwendung [6]), obwohl im übrigen der Umstand, wieviel oder wenig das Grundstück während des bestimmten Zeitraums an Nutzungen getragen hat, auf die Auszugsprästationen von keinem Einfluß ist [7]). Dagegen ist der Umstand, ob die Nutzungen des Grundstücks nur zu bestimmten Zeiten eines Jahres gewonnen werden oder nicht, von Einfluß, indem nach demselben theils das Wiederkehren der Leistung selbst [8]), theils die Verfallzeit näher bestimmt wird [9]). In dem zweiten Fall treten diese Eigenthümlichkeiten nicht ein, und das Nähere hängt hier von factischen Bestimmungen ab; doch wird, was die Qualität des zu Leistenden anlangt, angenommen, daß dasselbe von mittlerer Güte gewährt werden müsse [10]). Ist übrigens von Naturalleistungen die Rede, welche aus den Nutzungen des belasteten Grundstücks unmittelbar gewonnen werden können und ohne weitere Verarbeitung prästirt werden müssen; so ist auch ohne besondere Verabredung anzunehmen, daß zunächst der Ertrag des Grundstücks als Quelle der Leistung anzunehmen sey [11]). Auch in Ansehung der

Geldpräſtationen, von welchen übrigens Verzugszinſen zu präſtiren ſind [12]), hängt das Nähere von factiſchen Beſtimmungen ab. Hier, ingleichen bei Naturalleiſtungen, welche nicht aus dem Ertrag des Grundſtücks zu gewähren ſind, wird in Betreff der Wiederkehr der Leiſtungen in dubio eine jährliche Wiederkehr angenommen [13]). Uebrigens ſind Geldpräſtationen, ſo wie Naturallieferungen, welche eine Quantität zum Gegenſtand haben, als etwas theilbares anzuſehen [14]).

1) Daß bei Grundzinſen der Berechtigte in dem Fall einer eingetretenen mora praestandi nicht genöthigt werden kann die Lieferungen noch in natura anzunehmen, daß er vielmehr berechtigt ſey, den Geldwerth nach dem mittlern Marktpreis, dieſen aber wohl mit Verzugszinſen zu verlangen, vertheidigen Hommel obs. 196. Mittermaier §. 159., was jedoch nicht einmal als Eigenthümlichkeit der Zinspflicht, ſondern überhaupt als Folge der mora in Leiſtung von Fungibilien, die einen veränderlichen Marktpreis haben, betrachtet wird; vgl. Overbeck Med. V. 276. Gottschalk disc. I. 14. Eben ſo hat nach der Meinung des Appellationsgerichts bei eingetretener mora accipiendi des Auszüglers der Verpflichtete die Wahl entweder die Naturallieferungen für den Auszügler aufzubewahren oder über dieſelben anderwärts zu verfügen, und dafür den mittlern Marktpreis zu entrichten. Wird das erſte gewählt, ſo iſt der Auszügler gleichwohl frei von der Gefahr des Verderbens, dem die zu liefernde Sache bei langer Aufbewahrung unterworfen ſeyn kann; ja er iſt, nach der Meinung deſſelben Collegii, nicht einmal verpflichtet, Vorkehrungen zu treffen, durch welche ein ſolches Verderben verhütet werden kann. Statt die Naturalien ſelbſt aufzubewahren kann auch wohl gerichtliche Hinterlegung derſelben erfolgen, und hier ſieht man auch eine bei den Dorfgerichten, ohne förmliche Vorladung des Gläubigers, geſchehene Depoſition für ausreichend an.

Daß übrigens der, welchem ein Wahlrecht zwischen Naturallieferungen und Geldäquivalent zusteht, deshalb einige Zeit vor dem Verfall sich erkläre, erscheint billig, und wenn von einem Wahlrecht des Auszüglers die Rede ist, in Ansehung mancher Leistungen sogar nothwendig.

2) Bei Getreide, Kartoffeln u. a. Feldfrüchten, welche nach Scheffeln, Metzen ꝛc. gemessen werden, tritt in dem Fall einer mora praestandi an die Stelle der Verzugszinsen das sogenannte Aufmaaß; N. 34. cap 1. Gottschalk I. 14., wegen andrer Fungibilien werden nach der Ansicht des Appellationsgerichts Verzugszinsen von dem Geldwerth prästirt.

3) In diesem Fall scheint mit der obligatio dandi eine obligatio ad faciendum zu concurriren; so wie auf der andern Seite, wenn der Auszügler die nöthigen Vorbereitungen zum Genuß selbst zu treffen hat, ein Recht des Gebrauchs von Sachen, die dem Verpflichteten zustehen, Statt haben kann. Wenn indeß von Brod-, Butter-, Käselieferungen die Rede ist, so dürfte es wohl richtiger seyn, diese Dinge selbst und nicht das, woraus sie bereitet sind, als Gegenstand der Leistung anzunehmen, so daß alles, was der Herstellung vorhergegangen ist, den Auszügler gar nicht berührt. Was in sp. das Holz betrifft, so soll dasselbe, wenn es nicht etwa nach Klaftern zu leisten ist, gesägt und gehackt prästirt werden. Zachariae XXI. 5. A. M. ist Thierfeld §. 30. wenigstens dann, wenn der Auszügler Mittel oder Kräfte besitzt, diese Arbeit selbst zu verrichten, oder verrichten zu lassen.

4) Bei Leistungen dieser Art kann allerdings eine obligatio faciendi auf Seiten des Verpflichteten concurriren, wenn derselbe namentlich das Schwein gemästet, die Gans fett zu liefern hat. Hier ist auch ein Fall, in welchem der Auszügler, wenn er die Wahl hat zwischen der Naturallieferung und einem Geldäquivalent, vor der eigentlichen Zeit der Leistung für das Eine oder das Andre sich zu erklären hat, damit der Verpflichtete darnach sich einrichten könne. Vernachlässigung einer solchen Erklärung bewirket ebenfalls, daß

das Wahlrecht auf den Verpflichteten übergeht. Außer dem Vieh kann aber auch dem Auszügler manches Andre als species prästirt werden, was zur Kleidung oder zum Hausrath gehört; bisweilen auch ein Stück Fleisch, eine Wurst u. dgl.

5) Das, was der Verpflichtete selbst erbaut, giebt den Maaßstab für die Qualität, welche zu überschreiten derselbe nicht gehalten ist, unter welcher er aber auch nicht liefern darf. Nur dann, wenn Naturallieferungen derselben Art von verschiedener Güte gewonnen worden sind, tritt in Ermangelung besonderer Bestimmungen die sonst gewöhnliche Regel ein, daß eine mittlere Qualität gewährt werden müsse. Eben so bei Grundzinsen. Hagemann Erört. VII. 75. Mittermaier §. 159. A. M. ist jedoch Struben r. Bed. III. 112. V. 44.

6) vgl. l. 38. D. de iud. l. 47. §. 1. D. de leg. 1. Beide Gesetze drücken für Legate den Satz aus, daß eine bestimmte Sache an dem Ort zu prästiren ist, wo sie sich (zur Zeit des Todtes des Testirers) befindet; bestimmt wird aber nach denselben Gesetzen auch eine Quantitas, wenn sie aus einem gewissen Behältniß, horreum, dolium angewiesen ist. Daß eine ähnliche Bestimmung eintrete, wenn Naturallieferungen aus dem Ertrag eines bestimmten Grundstücks angewiesen sind, läßt sich wohl nicht verkennen. Es fragt sich nur, ob in den Gesetzen bloß eine eigenthümliche Bestimmung für Legate liege, oder ob dasselbe auch von contractmäßigen Leistungen gelte? Dies ist die Meinung von I. S. Stryk, de loco solut. Hal. 1705. cap. §. 11. 29. und wir tragen kein Bedenken, dieselbe als die richtige anzunehmen.

7) Die Frage, ob Remiß wegen zufälligen Ereignissen, welche den Fruchtertrag vermindert haben, gefordert werden könne? ist nicht von allen Rechtslehrern gleichförmig beantwortet worden. Vor allen Dingen ist zu unterscheiden, ob die Naturallieferungen eine Quote des Ertrags ausmachen oder nicht. In dem ersten Fall sollte eigentlich die Frage gar nicht aufgeworfen werden. Zwar wird hier der verminderte Frucht-

ertrag auch das Quantum der Leistungen eben so mindern, wie ein erhöheter Ertrag das Quantum vermehren würde, allein Remiß kann das nicht genannt werden, was zu Folge der Natur der Bestimmung eintritt. In dem zweiten Fall ist entweder von einer quantitas oder von einer species die Rede. Was erstere betrifft, so soll bei Grundzinsen nach Mittermaier §. 159. ein Anspruch auf Remiß nur bei dem census reservativus, und auch hier nur dann Statt finden, wenn die sub reservatione census bewirkte Verleihung des Grundstücks die Natur des Pachts hat. Nach Eichhorn §. 253. hat ein Anspruch auf Remiß immer dann Statt, wenn der Zins mit den Früchten in der Proportion eines Locarium steht. Was insbesondere Auszugspraestanda betrifft, so findet nach Mittermaier §. 199. ein Anspruch auf Remiß gar nicht Statt. Derselben Meinung sind die meisten Rechtslehrer, welche diesen Gegenstand behandelt haben. Klingner §. 194. Wernher II. §. 3. Zachariae XXI. 6. Runde II. §. 44. A. M. ist Krause IV. 9. Danz zu Runde's Handb. §. 522a. Daß die von dem erstern angezogene l. 39. §. 1. D. de c. emt. eben so wenig hieher gehöre, als der in dem angef. Mand. v. 25. Jul. 1656. C. A. II. S. 885. angezogene Grund, für das den während des 30jährigen Kriegs in Abfall der Nahrung gekommenen Schuldnern zugestandene Moratorium, als allgemeines Princip angewendet werden kann, leuchtet von selbst ein. Der Unterschied, welchen Breuning in diss. an ob sterilitatem in reservato ad alimenta, vulgo dem Auszug remissio danda sit L. 1775. zwischen Auszug bei Kauf und Auszug bei Pacht macht, indem nur bei dem letztern Anspruch auf Remiß eintreten soll, ist nichts sagend, da Auszug bei einem Pachtcontract kein eigentlicher Auszug ist. Eben so wenig sind die bei Mirus IV. §. 11. gemachten Unterscheidungen zu billigen, welche die Fälle, wenn der Auszügler den ususfructus oder eine Quote der Nutzungen empfängt, als solche ausscheiden, in denen Remiß Statt finden soll. Die erste Meinung, vielleicht mit der von Runde a. a. O. erwähnten Beschränkung, daß wegen einer

dauernden Deterioration des ganzen belasteten Grundstücks Moderation des gesammten Auszugs Statt finden könne, scheint die richtigere. Der Verpflichtete muß, wenn der Ertrag eines Nutzungsjahres zu Bestreitung der Naturalleistungen nicht hinreicht, das Mangelnde aus den Vorräthen früherer Jahre ergänzen. Sind aber dergleichen nicht vorhanden, so entsteht die Frage: ob der Verpflichtete das Nöthige anders woher entnehmen müsse, um die Forderung des Auszüglers zu decken, oder ob in einem solchen Fall der letztere die Zeit abwarten müsse, zu welcher der Betrag seiner Forderung aus dem Ertrag des Grundstücks bestritten werden kann? Das erstere muß angenommen werden, wenn der Auszug oder wenigstens die in Frage stehende Naturallieferung die Eigenschaft der Alimente hat; dies ist der Natur der Sache entsprechend, und scheint auch l. 12. D. de ol. leg. in den Worten: cibaria et vestiaria integra deberi, bestätigt zu werden, obgleich in dem in dem Gesetz angeführten Fall eigentlich von Naturallieferungen nicht die Rede und die Anweisung eines gewissen fundus in facto zweifelhaft war. Außer diesem Fall ist das letztere anzunehmen; l. 17. §. 1. D. de ann. leg. l. 13. D. de trit. vin. ol. leg. ja es scheint nicht einmal der Auszügler genöthiget werden zu können, statt der aus dem künftigen Ertrag des Grundstücks abzuführenden Naturalien sofort andre, anderswoher erlangte anzunehmen. Dieselben Grundsätze gelten übrigens auch für den Fall, wenn nicht von wiederkehrenden, sondern von einfachen Leistungen die Rede ist, l. 26. pr. D. quando dies leg. l. 5. D. de trit. vin. ol. leg. Daraus läßt sich schließen, daß dasselbe gelte, wenn von einer aus dem Ertrag des fundus zu gewährenden species die Rede ist; denn eine einfache Leistung erlangt, auch wenn sie in einer quantitas besteht, die Eigenschaft einer species, sobald sie auf eine bestimmte Quelle angewiesen ist, a. l. 38. D. de iud. l. 47. §. 1. D. de leg. 1. Auch scheint hiermit die Ansicht, welche Mittermaier und Eichhorn über den Remiß von Grundzinsen hegen, übereinzustimmen, da die Voraussetzungen,

unter welchen sie Remiß zugestehen, auf den Fall nicht passen, wenn der Zins in einer species besteht.

8) Wenn die Naturallieferungen aus Nutzungen des Grundstücks zu verabreichen sind, welche jährlich gewonnen werden, so ist eine jährliche Wiederkehr der Leistung, annua praestatio anzunehmen. Bei andern, welche nicht zu bestimmten Zeiten oder wohl gar fortwährend gezogen werden, wie Milch, Eier u. dergl., bedarf es einer besondern Bestimmung für das Wiederkehren der Leistung, ob sie täglich, wöchentlich ꝛc. geleistet werden sollen.

9) Was A.) diejenigen Naturallieferungen betrifft, welche nur zu gewissen Zeiten des Jahres gewonnen werden, wie Feld- und Gartenfrüchte, Wein, Heu u. dergl., so tritt die Verfallzeit nicht eher als mit dem Zeitpunct ein, mit welchem der Besitzer des belasteten Gutes das Einernden dieser Nutzungen vollendet hat. Mit Eintritt dieses Zeitpuncts kann in der Regel der Auszugler die Leistung und im Fall der mora Verzugszinsen fordern; nur bei den Lieferungen von Getreide und ähnlichen Früchten, welche eine gewisse Art der Vorbereitung zum Behuf des Gebrauchs erfordern, ist zu unterscheiden, ob der Anspruch des Auszüglers auf das eingeernd-dete Getreide, oder auf den Körnerertrag des Geerndeten, auf die Früchte in dem Zustand, in welchem sie unmittelbar nach der Separation sich befinden, oder auf die Früchte, welche in gewisser Maße zubereitet sind, z. B. gebackenes Obst, Flachs u. dgl. geht. Im erstern Fall bewendet es bei der allgemeinen Regel; in dem letztern Fall hingegen tritt die Verfallzeit erst dann ein, wenn der Eigenthümer des Grundstücks den Ausdrusch oder die sonst zu dem Gebrauch erforderliche Vorkehrung vorgenommen hat. Hiermit scheint nun freilich die Zeit der Leistung gewissermaßen in die Willkühr des Eigenthümers gegeben. Indeß ist doch schon durch die Beschaffenheit theils der in Frage stehenden Früchte, theils der ökonomischen Regeln für Benutzung des Grundstücks selbst ein Zeitpunct gegeben, mit welchem man jene Arbeiten als vollendet annehmen kann; und als der späteste terminus, mit welchem jedesmal auf Seiten des Auszüglers das Recht zu klagen und

Verzugszinsen zu fordern eintritt, wird Weihnachten desselben Jahres, in welchem geerndet worden ist, angenommen. B.) Was Früchte anlangt, welche nicht bloß zu einem bestimmten Zeitpunct des Jahres, sondern mehrmal oder auch fortwährend gewonnen werden, wie Eier und Milch, so hängt die Verfallzeit von den nähern factischen Bestimmungen ab. Sind diese Bestimmungen der Art, daß die diesfallsigen Leistungen in verhältnißmäßig kurzen Zeitabschnitten wiederkehren, z. B. nach Tagen, oder in jeder Woche, so bewendet es bei diesen Bestimmungen, nur daß das an die Stelle der Verzugszinsen tretende Aequivalent bei Leistungen von geringern Werth nicht mit dem Eintritt jedes einzelnen Zeitabschnitts, sondern ex arbitrio iudicis nach größern Zeitabschnitten berechnet werden kann. Ist aber die Bestimmung so erfolgt, daß das Quantum der Leistung für einen größern Zeitabschnitt, z. B. ein Jahr, oder auch für Monate und Wochen ausgeworfen sich findet, so muß, wenn das zu Leistende nicht während des ganzen Zeitraums von einem Termin zu dem andern aufbewahrt werden kann, eine Vertheilung in angemessenen Raten Statt finden. vgl. Carpzov. decis. II. 174. n. 9. 10. Alles das bisher Gesagte ist die Ansicht des Appellationsgerichts und scheint der Natur der Sache vollkommen entsprechend, so daß zur Rechtfertigung desselben nichts weiter hinzugesetzt zu werden braucht.

10) vgl. Thierfelder §. 34., nach welchem Getreide namentlich die Schwere des Magazin-Getreides haben muß. Hier fällt aber die Grenze weg, welche in dem Fall, wenn die Naturalien aus den Nutzungen eines gewissen Grundstücks gegeben werden sollen, zu beachten ist. Im Allgemeinen ist freilich die Frage, ob in einem solchen Fall der Verpflichtete ohne ausdrückliche Bestimmung eine bestimmte Qualität zu gewähren habe? vgl. §. 36. I. de act. l. 52. D. mand. l. 75. §. 2. D. de V. O. l. 1. D. de trit. vin. ol. obwohl der Sinn des letztern Gesetzes, in welchem die abgeleitete Folge den Prämissen nicht recht entspricht, zweifelhaft wird und l. 35. §. 2. C. de donat. ein Argument dagegen darbieten dürfte.

11) Dies wird wenigstens bei Grundzinsen angenommen. Eichhorn §. 253. IV. Mittermaier §. 159. Ob dies auch dann anzunehmen sey, wenn die Rede ist von der Gewährung einer species, z. B. eines Stück Viehes, ob namentlich der Auszügler, dem ein gemästetes Schwein bedungen ist, verlangen könne, daß ein auf dem Grundstück erzeugtes, oder doch in demselben aufgefüttertes Stück geliefert werde, oder statt dessen ein anderwärts, vielleicht von einem Brandweinbrenner angeschafftes, mit der hier gewöhnlichen Mastung aufgezogenes annehmen müsse? ist ebenfalls bisweilen Gegenstand des Streits zwischen Auszügler und Eigenthümer gewesen, und in dubio für den Auszügler zu entscheiden.

12) Wernher IV. 3. Krause IV. 9. Thierfeld §. 33. Kind IV. qu. 48. Handb. des in Sachsen gelt. Civ. Rechts III. §. 1324. not. e. Gottschalk I. 19. Allerdings scheint in Sachsen E. P. O. XLII. §. 8. entgegenzustehen; indeß muß diese Bestimmung doch wohl auf die Zinsen wiederkäuflicher Stämme, wenn gleich nach Griebner ad h. l. nicht auf die Forderung im Concurs beschränkt werden.

13) Krause II. 4. Wernher IV. 1. vgl. auch l. 17. pr. D. de ann. leg. l. 56. §. 4. D. de V. O. l. 58. §. 1. D. de usufr. In diesem Punct treffen also diese Art Leistungen mit den Leistungen, welche aus dem jährlichen Ertrag der Nutzungen eines Grundstücks zu gewähren sind, zusammen: der Unterschied zwischen beiden Arten beruht bloß auf der Verfallzeit insofern, als diese bei letztern von der Zeit der perceptio fructuum abhängt; vgl. not. 9. Der erste terminus a quo bei Leistungen der erstern Art, tritt in der Regel sogleich mit dem Abschluß des Contracts, oder wenn eine letztwillige Verfügung vorliegt, mit dem 30sten Tag ein, und hiernach richten sich die andern Termine. Eine Ausnahme kann in Ansehung der Naturallieferungen eintreten, welche zu einem bestimmten Zweck, der nicht zu allen Zeiten des Jahres gleich dringend vorliegt, geleistet werden. vgl. l. 12. §. 5. D. qu. dies leg. So wird z. B. in Ansehung

des Brennholzes angenommen, daß es von Michael jeden Jahres an gefordert werden könne.

14) vgl. l. 2. §. 1. l. 85. pr. §. 1. D. de V. O. l. 9. §. 1. l. 29. D. de solut. Bei einer species lassen sich nur intellectuelle Theile denken d. l. 9. §. 1. l. 29. l. 54. pr. D. de V. O. l. 66. §. 2. D. de leg. 2. Merkwürdig ist hier der Unterschied, welche l. 9. §. 1. l. 29. D. de solut. zwischen dem Fall, in welchem eine bestimmte species Gegenstand der Obligation ist (obligatio speciei), und dem Fall, in welchem eine nur der Gattung nach bestimmte species geleistet werden soll, machen. In dem erstern Fall wird Theilung auch insofern angenommen, als der Schuldner, welcher einen Theil der aestimatio der bestimmten species, versteht sich mit Bewilligung des Gläubigers zahlt, seine Verpflichtung auf Höhe des Gezahlten tilgt, so daß nun mit Wegfall der obligatio ad speciem praestandam bloß eine Verpflichtung den übrigen Theil der aestimatio zu zahlen bleibt. Wenn dagegen von einer obligatio generis die Rede ist, und der Schuldner einen Theil der aestimatio einer species, welche unter das bestimmte genus gehört, zahlt, so entsteht dadurch auf keine Weise eine, wenn auch nur theilweise liberatio; es bleibt vielmehr die ursprüngliche obligatio so lange bestehen, bis der Ueberrest der aestimatio derselben species gezahlt worden ist. Diesen Theil anzunehmen, kann sich übrigens der Gläubiger nicht entbrechen, so wie er auch gehalten bleibt, ihn gegen Empfang einer species der bedungenen Art wieder herauszuzahlen. Dasselbe gilt auch, wenn zwei oder mehrere bestimmte species alternativo den Gegenstand der obligatio bilden; vgl. l. 2. §. 1. D. de V. O. Bei persönlichen Leistungen, welche in dem Auszugsverhältniß vorkommen und auf das Geben einer species sich beziehen, ist gewöhnlich diese species nur der Gattung nach, welcher sie angehört, bestimmt; z. B. ein Schwein, eine Kuh. Hier wird also der Verpflichtete, wenn er statt Naturalleistung einen Theil der aestimatio von [illegible] stimmten zu der in Frage stehenden Gattung species, die er eben besitzt, zahlt, die Wahl

der Verbindlichkeit entweder durch Nachzahlung des Ueberrests der aestimatio desselben Stücks, oder gegen Erstattung des bereits Gezahlten durch Lieferung einer bestimmten species sich zu befreien. Wenn übrigens, wie das nicht selten ist, ein halbes Schwein als Auszugspraestandum vorkommt, so versteht sich hierbei, daß das Thier geschlachtet und dann das, was davon nutzbar ist, nach Zahl oder Gewicht getheilt werde. Hier ist dann wieder ein theilbares Object vorhanden.

§. 12.

II. Leistungen, welche **in faciendo** [1]) bestehen, haben auch hier die schon in andern Verhältnissen anerkannte Eigenschaft, daß sie in der Regel für untheilbar gelten [2]), und an deren Stelle einer Leistung das **id quod interest** zwar nicht einseitig von dem Verpflichteten gesetzt [3]), wohl aber von dem Berechtigten in dem Fall einer **mora praestandi** dann gefordert werden kann, wenn das zu leistende **factum** dem Berechtigten nichts mehr nützt [4]). Als Eigenthümlichkeit von Auszugsprästationen dieser Art ist anzusehen, daß der Satz; der Auszug braucht, nicht über die Schwelle gereicht zu werden; wiewohl nur unter gewissen Einschränkungen Anwendung findet [5]). Unter den verschiedenen Arten solcher Leistungen sind die, deren nächster Zweck Bestreitung der persönlichen Bedürfnisse des Auszüglers ist [6]), von denen, welche mehr auf das Vermögen sich beziehen, und unter diesen wieder solche, bei denen eine Verbindung mit Auszugsprästationen, die **in dando** bestehen, Statt findet, auszuzeichnen [7]). Eben so lassen sich **III.** bei vermischten Leistungen [8]) solche, welche auf die Persönlichkeit des Auszüglers,

Beköstigung [9]), Pflege und Wartung in kranken

wenn sie zugleich mit der Pflicht, den Aufwand

für ärztliche Hülfe zu bestreiten verbunden ist, Wäsche, wenn der Auszügler nichts zur Seife und Feuerung giebt [10]), und andre, welche auf das Vermögen sich beziehen, unterscheiden [11]).

1) Es ist hier bloß von positiven Leistungen die Rede. Verpflichtungen, welche in einem Nichtthun oder Leiden bestehen, und nicht zugleich ein den Servituten entsprechendes Verhältniß voraussetzen, wie die l. 83. pr. D. de V. O., werden nur selten bei dem Auszug vorkommen, und sind dann immer ex facto zu beurtheilen. Doch gehört dahin die Verpflichtung des Eigenthümers zu leiden, daß der Auszügler, dem ein ius cohabitationis zusteht, bei des Eigenthümers Feuerung koche, wasche, backe, an der Beleuchtung desselben Theil nehme, gewisses Hausgeräthe benutze u. dgl.

2) vgl. die bereits angef. l. 2. §. 2. l. 54. 72. D. de V. O. Untheilbar ist die obligatio faciendi theils der Natur der Sache nach, theils insofern als eine obligatio faciendi nicht theilweise erfüllt werden kann. Wer das, was er zu leisten hat, nicht vollständig leistet, der leistet entweder gar nichts oder doch aliud pro alio, und nicht das, was er leisten sollte. Nur operae d. h. Dienstleistungen unbestimmter Art, wie sie nach römischen Recht die Freigelassenen dem Patron zu leisten hatten und h. z. T. das Gesinde der Herrschaft leistet, scheinen nach l. 54. §. 1. D. de V. O. j. l. 29. D. de solut. zu Folge der Ansichten des röm. Rechts eine Quantitätsbestimmung nach Tagen zuzulassen; (etwas diesem ähnlich kommt h. z. T. bei den Frohnen vor, vgl. in Sachsen das Frohnengesetz v. 30. Aug. 1830. §. 32. G. S. n. 30.) Indeß wird doch l. 72. pr. D. de V. O. auch stipulatio operarum unter denen aufgeführt, quae divisionem non recipiunt; vgl. l. 8. D. de op. lib.

3) Es ist eine alte Streitfrage, ob der, welcher ad factum praestandum sich verpflichtet hat, von dieser Verpflichtung durch Leistung des Interesse sich befreien könne; mit andern Worten, ob jede obligatio ad faciendum zu Gunsten des Schuldners die Alternative enthalte, entweder das factum

oder das Interesse zu gewähren? vgl. Glück IV. §. 316. S. 306. und die das. not. 64. u. 65. angef. Rechtslehrer. Für die bejahende Beantwortung streiten namentlich zwei ältere sächs. Rechtslehrer Berger. Oec. III. 1. th. IV. Wernher p. I. obs. 305. u. 125., gegen welche indeß zwei neuere Winkler ad Berger l. l. Kind IV. 11. S. 43. sich erklärt. Die Meinung der letztern ist unstreitig die richtigere. Daß der Promissar in der Regel nicht statt des factum das Interesse fordern könne, wird indeß nicht bestritten. Die Ausnahmen, in welchen statt der eigentlichen Leistung das interesse gefordert und geleistet werden kann, und wohin man insbesondere den Fall rechnet, wenn die eigentliche Leistung dem Promittenten nicht weiter von Nutzen ist, kommen ebensowohl bei der obligatio dandi als der obligatio faciendi vor; vgl. darüber Glück a. a. O. S. 308. ff.

4) Die mora praestandi giebt dem Gläubiger ein Recht id quod interest zu fordern, und zwar unbedingt das interesse loci et temporis, das volle Aequivalent für die Leistung aber nur dann, wenn die Leistung selbst dem Gläubiger keinen Nutzen mehr gewährt; l. 56. D. de c. emt. l. 6. D. de leg. comm. l. 6. C. de pact. inter emt. et vend. Es fragt sich hierbei, was das sächs. Recht anlangt, ob das id quod interest, welches der Auszügler statt der in facto bestehenden Auszugsprästationen zu fordern berechtigt ist, im Concurs dasselbe Vorzugsrecht habe, welches den in dando bestehenden Auszugsprästationen zukommt? Die Gesetze beantworten diese Frage nicht; eben so wenig findet sich etwas darüber in den Schriften sächsischer Juristen, wenn man von dem absieht, was bereits erwähntermaßen Weiske in quaest. iur. civ. n. 5. für das in einem ähnlichen Fall zu leistende Aequivalent bemerkt hat. Es scheint aber allerdings angenommen werden zu müssen, daß dem Auszügler wegen rückständiger Auszugsprästationen, welche in faciendo bestehen, ein Vorzugsrecht unter denselben Voraussetzungen zustehe, wie bei andern Prästationen, welche in dando bestehen. Der Grund, aus welchem man Prästationen der letztern Art ein Vorzugsrecht, wenigstens in dem Fall eines

Vorbehalts einräumt, weil sie als Aequivalent für unbezahlte Kaufgelder anzusehen sind, ist auch auf praestationes, welche in faciendo bestehen, anwendbar. Daß das zu Geld angeschlagene Interesse nur ein Surrogat der eigentlichen Leistung sey, steht nicht entgegen. Auch läßt sich keineswegs behaupten, daß die Natur der Leistung eines factum die Möglichkeit eines Vorzugsrechts ausschließe. Freilich kann nicht wegen des factum, wohl aber wegen des dafür gebührenden Geldäquivalents ein Vorzugsrecht Statt finden. Allein so wie ein Pfandrecht wegen einer obligatio faciendi bestellt werden kann, und dann dem dafür zu entrichtenden Geldäquivalent ein dingliches Recht verschafft, vgl. Gesterding Pfandrecht §. 3. S. 9., eben so läßt sich bei einer obligatio faciendi ein Vorzugsrecht denken, welches auf den zu Geld angeschlagenen Werth der Leistung sich bezieht. Dies Geldäquivalent muß aber bevorzugt seyn, wenn überhaupt wegen Obligationen der gedachten Art ein Vorzugsrecht Statt finden soll. Uebrigens hat man auch kein Bedenken getragen, der an die Stelle von nicht gelieferten Naturalien tretenden Geldforderung, ja selbst dem Aequivalent für die dem Auszügler gebührende, aber nicht gewährte Wohnung ein Vorzugsrecht zuzugestehen. Auch dem Interesse wegen der nicht zu gehöriger Zeit bewirkten Leistung scheint ein Vorzugsrecht insofern zu gebühren, als es an die Stelle der Verzugszinsen tritt und diesen ein solches Vorzugsrecht zukommt. Mit welchem Zeitpunct übrigens mora praestandi eintrete, dies hängt theils von der Natur der Leistung, theils von den besondern factischen Bestimmungen ab. Was das erste betrifft, so kommt im Allgemeinen in Betracht, theils der Zweck, zu welchem sie geleistet werden, theils, und namentlich dann, wenn der Verpflichtete selbst Handlungen der in Frage stehenden Art im eignen Interesse vorzunehmen hat, die Zeit, zu welcher er diese Handlungen für sich vornimmt. Hiernach bestimmt sich, wenn Arbeiten, welche in Bestellung von Feld, Ausdreschen von Getreide, Backen und dergleichen bestehen, zu verrichten sind. Eine Aufforderung von Seiten des Auszüglers ist nicht unbedingt nöthig; außer in Fällen,

in denen ein besonderes, nicht regelmäßig eintretendes Bedürfniß desselben Veranlassung giebt, die Leistung z. B. Wartung in Krankheitsfällen, zu fordern.

Was die mora accipiendi anlangt, so tritt sie ein, wenn nach beschehenem Erbieten des Verpflichteten der Berechtigte die Annahme verweigert. Folge derselben ist nach den allgemeinen Bestimmungen der l. 39. l. 161. D. de R. l. Verlust des Rechts Leistung des factum zu fordern. In Ansehung mancher in faciendo bestehenden Auszugsprästationen geht übrigens das Forderungsrecht schon dadurch verloren, daß der Berechtigte dem Verpflichteten keine Gelegenheit gegeben hat, das factum zu prästiren; wie z. B. das Recht auf Wartung und Pflege, wenn der Auszügler nicht in dem Gut sich aufhält. Ein Nachforderungsrecht oder ein Recht für das Nichtgeforderte ein Aequivalent zu verlangen, findet demnach hier nicht Statt, wenn es nicht an dem Schuldner lag, daß das factum nicht geleistet wurde. Aehnliche Grundsätze finden in Betreff der Frohnen Statt, vgl. Excurse zu Curtius Handb. III. §. 291—308. S. 300.

5) Wenn man den Satz, der Auszug braucht nicht über die Schwelle verabreicht zu werden, auch anwenden will auf praestationes faciendi, so ist dies ungefähr in demselben Sinne zu nehmen, in welchem es von Frohnen heißt, daß sie nur auf das dienstberechtigte Gut zu leisten sind; vgl. in Sachsen Mand. v. 13. Aug. 1830. G. S. n. 30. §. 3. Excurse a. a. O. S. 249. Inzwischen werden bei dem Auszug in jedem Fall die besondern factischen Bestimmungen alle etwanige Zweifel heben, und nur bei Prästationen, welche sich auf die Person des Auszüglers beziehen, wird von jenem Satz in der strengsten Bedeutung Anwendung gemacht werden können.

6) Hieher gehört Wartung und Pflege. Sie ist entweder eine ununterbrochene, ein officium diurnum, das jeden Tag wiederkehrt; oder wie Waschen, Scheuern, ein von Zeit zu Zeit wiederkehrendes; oder auch durch den Eintritt gewisser Umstände, wie Krankheitsfälle, bedingt. Was darunter begriffen sey, ist leicht zu erachten. Reinigen der Wohnung,

Bereitung der Lagerstätte, Hinzubringen der nöthigen Bedürfnisse muß wohl als einbegriffen angesehen werden, wenn anders das unbedingt geleistete Versprechen der Wartung und Pflege einen Sinn haben soll. A. M. ist Thierfeld §. 28. Es kommt indeß viel auf die Umstände an. Ist bei dem vorbehaltenen Auszug Wartung und Pflege bedungen worden, so läßt sich wohl annehmen, daß die Absicht der Contrahenten dahin gegangen sey, dem Auszügler die Art der Subsistenz zu sichern, welche er genoß, als er selbst noch Eigenthümer war. Eine größere Bequemlichkeit, als er damals genoß, kann er also wenigstens so lange nicht fordern, als Alter oder Krankheit nicht die Nothwendigkeit einer größern Unterstützung herbeiführen. Was er damals in Person verrichtete, dessen muß er auch ferner sich unterziehen, wenn nicht ein Andres ausdrücklich bedungen ist. Zu Leistungen, welche handwerksmäßige Kenntniß voraussetzen, ist der Verpflichtete nicht gehalten; das, was er zu leisten hat, sind operae communes. Deshalb kann er dieselben auch entweder selbst verrichten oder durch dritte taugliche Personen, namentlich durch Gesinde verrichten lassen. Denn bei dergleichen Leistungen läßt sich nicht annehmen, daß industria personae respicirt worden sey. Aus eben dem Grunde kann auch der Auszügler wegen des Rechts auf Wartung und Pflege den Eigenthümer nicht hindern, das Grundstück und mit diesem die Pflicht zur Wartung und Pflege auf andre überzutragen, selbst wenn der, mit welchem er contrahirt hätte, eins seiner Kinder wäre. Dagegen kann aber auch der Verpflichtete, der kein Gesinde hält, sich nicht entbrechen, die erforderlichen Leistungen selbst oder durch seine Frau und Kinder, oder wer sonst seine häuslichen Angelegenheiten besorgt, zu verrichten. Auch hier weicht in manchen Puncten ab, Thierfeld a. a. O. Von dieser Art der Verpflichtung gilt als Regel, daß der Auszügler nur dann auf diesfallsige Leistungen Anspruch hat, wenn er das mit dem Auszug belastete Grundstück bewohnt; und nur in dem Fall, wenn derselbe auch zur Zeit des stipulirten Auszugs anderwärts wohnhaft war, läßt sich in Ermangelung besonderer

factischen Bestimmungen annehmen, daß der Auszügler, um der bedungenen Wartung und Pflege theilhaftig zu werden, nicht eben nöthig habe, seine Wohnung zu ändern und das mit dem Auszug belastete Grundstück zu beziehen. Daß jedoch in einem solchen Fall der Auszügler seinen Wohnsitz nicht beliebig auf eine Weise verändern könne, durch welche die Erfüllung der von dem Eigenthümer übernommenen Pflicht erschwert, durch welche er namentlich verhindert würde, dieser Pflicht mit Hülfe der in seiner Wirthschaft angestellten Personen zu gnügen; dies scheint vollkommen richtig, auch wenn sich dafür nichts weiter anführen ließe als die allgemeinen Sätze der l. 74. 75. D. de R. I., vgl. indeß auch die Entscheidung ähnlicher Fälle in l. 13. §. 1. D. de ann. leg. l. 20. §. 1. D. de op. libert.

Was insbesondere das officium diurnum, die tägliche Wartung und Pflege anlangt, so ist es von der Art, daß es als ad alimenta gehörig angesehen werden muß und die darunter begriffenen Handreichungen von dem Verpflichteten zu der angemessenen Zeit geleistet werden müssen, ohne daß es dazu einer besondern Aufforderung bedarf. Auch tritt diese Verpflichtung nicht etwa erst in subsidium ein, wie Thierfeld a. a. O. annimmt; da es bei einer ausdrücklich übernommenen Verpflichtung zur Wartung und Pflege an allem Grund fehlt, dieselbe auf die angezeigte Weise zu beschränken. Was dagegen Dienstleistungen, wie Waschen, Backen, Scheuern, betrifft, so kann der Verpflichtete sich nicht entbrechen, diese für den Auszügler zu übernehmen, wenn er selbst in seiner eignen Wirthschaft dergleichen vornimmt. Daher muß er von letztern dem Auszügler Anzeige thun; damit hat er aber auch das Seinige gethan, und es ist nun Sache des Auszüglers, tempestive sich zu entscheiden, ob gleichzeitig für ihn dasselbe geschehen soll. Ueber die Verpflichtung zur Wäsche, unter welcher auch Trocknen, Platten, Rollen begriffen ist, vgl. Thierfeld §. 31. Die Nothwendigkeit des Waschens kann für einen nicht sonderlich mit Wäsche versehenen Auszügler oft früher eintreten als für den besser ausgestatteten Eigenthümer. Dann muß die Haus-

frau des letztern sich zu außerordentlichen kleinern Wäschen entschließen. Wieviel der Auszügler jede Woche an Wäsche schmutzig machen dürfe, um deren Reinigung verlangen zu können, s. bei Thierfeld a. a. O. Endlich solche Dienstleistungen, welche wegen zufällig eintretender Bedürfnisse erfordert werden, setzen Aufforderung von Seiten des Berechtigten voraus, ehe eine Verbindlichkeit auf Seiten des Eigenthümers erwächst. Hieher gehört besonders die Wartung in Krankheitsfällen. Darunter ist eigentlich die Pflicht, den Arzt zu salariren oder die Medizin anzuschaffen, nicht, wohl aber die Pflicht den Arzt oder die Medizin zu holen, ingleichen nach Befinden bei dem Kranken zu wachen, begriffen; vgl. Thierfeld §. 29. Gewöhnlich nimmt man an, daß diese Pflicht wegfalle, bei selbstverschuldeten Krankheiten des Auszüglers. Das scheint ganz gerecht und billig, wenn von Krankheiten die Rede ist, welche der Auszügler durch unsittlichen Lebenswandel, z. B. durch Trunk sich zugezogen hat, und wenn überdem derselbe im Stande seyn sollte, Wartung und Pflege aus eignen Mitteln zu bestreiten. Ohne diese Voraussetzungen ist aber an der Richtigkeit oder doch an der Anwendbarkeit dieser Meinung zu zweifeln. Es ist unthunlich über die Veranlassung einer Krankheit, die selten ohne einiges Verschulden des Erkrankten entstanden seyn wird, Untersuchungen anzustellen, lediglich um zu ermitteln, ob die unbedingt versprochene Wartung und Pflege gefordert werden könne oder nicht. Und so gerecht es seyn mag, daß der Auszügler die Folgen seiner Ausschweifungen trage, wenn er es kann, so ungerecht erscheinet doch auf der andern Seite, wenn er es nicht kann, das Streben dessen, der zur Wartung und Pflege sich verpflichtet hat, seine Verpflichtung auf auf andre zu wälzen, wie dies unter der angenommenen Voraussetzung nothwendig geschehen müßte. Alles dies um so mehr, da die Pflicht zur Wartung und Pflege in kranken Tagen als ad alimenta gehörig angesehen werden muß. Demnach ist als Regel anzunehmen, daß der Verpflichtete die versprochene Wartung und Pflege ohne Widerrede zu leisten gehalten, jedoch berechtiget sey, dafür Entschädigung

von dem Auszügler zu fordern, wenn er beweisen kann, daß dieser in Folge eines unsittlichen Lebens die Erkrankung sich zugezogen habe.

7) Auch hier sind zu unterscheiden Dienstleistungen, welche regelmäßig zu bestimmten Zeiten wiederkehren, und andre, bei denen dies nicht der Fall ist. Der Unterschied zwischen beiden beruhet auf der Nothwendigkeit einer Interpellation von Seiten des Auszüglers, welche bloß bei Dienstleistungen der letztern Art unbedingt erforderlich ist. Zu Leistungen der erstern Art gehört insbesondere Bestellung des Auszugsfelds, Einfahren der Früchte, Ausdreschen, Abfahren des Holzes, welche Dienste der Verpflichtete in der Regel dann zu leisten hat, wenn er als Eigenthümer in seiner eignen Wirthschaft das diesfalls nöthige verrichtet; wobei man jedoch, was die Anfahrung des Holzes anlangt, Michael jeden Jahres als spätesten Termin ansieht. Zu Leistungen der zweiten Art gehören das außerordentliche Anfahren von Holz und Victualien, das Abfahren des Getreides zum Verkauf oder in die Mühle und Abholen des Mehls, ingleichen Reisefuhren, wenn dergleichen bedungen worden seyn sollten.

8) Eine vermischte Leistung, welche sowohl in dando als faciendo bestehet, ist nur dann anzunehmen, wenn das, was gegeben wird, nicht erst durch das nebenbei zu leistende factum hervorgebracht wird. Es ist also, wie bereits erwähnt worden, keine gemischte Leistung, sondern eine praestatio, welche in dando bestehet, wenn der Eigenthümer dem Auszügler Brod oder Kost, welche er selbst bereitet, oder Fleisch von Vieh, welches er geschlachtet hat, giebt. Beköstigung ist dagegen eine gemischte Leistung, wenn der Verpflichtete die Kost selbst liefert, eben so Wartung und Pflege in kranken Tagen, unter der in dem Text angegebenen Voraussetzung. Die Verpflichtung, den Holzbedarf, so wie er zum Gebrauch nöthig ist, zu liefern, kann den Umständen nach bald als praestatio dandi, bald als gemischte Leistung angesehen werden; ersteres dann, wenn der Auszügler nur bereits gemachtes Holz anzunehmen gehalten ist.

9) Kost ist in der Regel streng von dem, was ad esum und

zwar zu dem Bedürfniß d. h. zur Mittags- und Abendmahlzeit, zu Morgen- und Vesperbrod gehört, zu verstehen. Doch muß im Allgemeinen und wenn nicht besondere Bestimmungen vorliegen, der Auszügler mit der Kost sich begnügen, welche der Eigenthümer selbst genießt. Unterhaltung in künstlich bereiteten oder mit Geldaufwand anzuschaffenden Getränken, als Kaffee, Bier, Brandwein, oder in Bedürfnissen, welche zu den schlimmen Angewöhnungen gehören, wie Rauch- und Schnupftabak, liegt in der Verpflichtung zur Kost nicht; ebensowenig die Darreichung von Leckereien, wie Kuchen u. dgl. Indeß ist doch zu unterscheiden, ob der Auszügler an dem Tisch des Eigenthümers Theil nimmt oder abgesondert und für sich seine Mahlzeit genießt. In dem letztern Fall bleibt es bei den allgemeinen Regeln; dagegen kann in dem erstern Fall der Auszügler auf alles Anspruch machen, was auf den Tisch für die ganze Tischgenossenschaft gebracht wird. Er kann, versteht sich mit gebührender Bescheidenheit, dem Bierkrug, dem Schnapsglas zusprechen, ein Stück Kuchen sich zulangen, u. dgl. Nur nach dem, was der Hausherr oder die Hausfrau für sich besonders aufgetragen bekommen, darf er nicht greifen. Ueber andre, zum Theil sehr in das Kleinliche laufende Regeln, welche der an dem Tisch des Eigenthümers gehende Auszügler zu beobachten hat, vgl. Thierfeld §. 32. Ueber die Zeit der Liefernng der Kost ist nichts weiter zu bemerken als etwa das, daß der Auszügler zu der gewöhnlichen Tischzeit gegenwärtig seyn muß, wenn er nicht den Anspruch auf diese Mahlzeit verlustig werden will.

10) Daß in der Regel der Eigenthümer den Auszügler in der Seife nicht frei zu halten braucht, s. Thierfeld §. 31. Wenn übrigens der Auszügler nichts zur Seife oder Feuerung beiträgt, so ist er um soviel mehr verpflichtet, die Zeit abzuwarten, zu welcher bei dem Eigenthümer die Wäsche veranstaltet wird.

11) Dahin gehört z. B. wenn bei Fuhren der Eigenthümer für alle Reisespesen, wie Chausseegeld, Zeche, Stallung u. dgl. zu stehen hat.

§. 13.

Die Emolumente, von welchen bisher die Rede gewesen ist, sind nicht immer vereint in einem bestellten Auszug enthalten. Manche derselben sind schon durch die Beschaffenheit des Grundstücks, an welchem der Auszug bestellt wird, ausgeschlossen [1]). Abgesehen hievon, entscheiden die factischen Bestimmungen, unter denen die Bestellung des Auszugs erfolgt ist [2]). Fehlt es an solchen Bestimmungen, liegt mithin ein allgemeines Versprechen des Auszugs vor, so kann gleichwohl unter gewissen Voraussetzungen nähere Bestimmung durch das Ermessen des Richters [3]) mit Rücksicht auf die Umstände, wobei vornehmlich die Kräfte des belasteten Guts und das Bedürfniß des Auszüglers, sodann aber auch das, was in frühern Fällen von dem Grundstück als Auszug verabreicht worden ist, endlich die Gewohnheit des Orts in Betracht kommt, erfolgen [4]).

1) So würden, wenn das Grundstück bloß in einem Hause bestehet, Emolumente der ersten Klasse, die in dem ususfructus oder usus von Feld oder Vieh bestehet, überall ausgeschlossen seyn; ebenso, wenn das Grundstück zur Bewohnung nicht geeignet ist, das Recht der Wohnung.

2) Bei manchen solcher Bestimmungen bleibt es quaestio facti, ob wirklich Auszug bestellt worden ist, oder nicht. Es ist oben schon der Fall berührt worden, wenn Abtretung eines Grundstücks mit Vorbehalt des ususfructus erfolgt, oder an einem Hause das Recht der Wohnung, verbunden mit dem Recht die Miethzinsen zu erheben, bestellt worden ist. In beiden Fällen ist zwar ein dingliches Recht, welches das Grundstück als Realrecht afficirt, aber kein Auszug anzunehmen. Ebenso kann, wenn die bestimmten Prästationen in bloßen Geldzahlungen bestehen, die Frage aufgeworfen werden, ob ein wirklicher Auszug bestellt worden sey, oder ein

Leibrentencontract vorliege? Wäre eine bestimmte Summe in Terminen zu zahlen, so könnten dergleichen Zahlungen, welche man Tagezeiten zu nennen pflegt, wenn die Summe, welche durch sie getilgt werden soll aus rückständigen Kaufgeldern bestehet, als Auszugspraestanda nicht angesehen werden. Vgl. oben §. 1. not. 2. Allein auch wenn die Geldzahlungen nicht als Theile einer bestimmten Summe, sondern als eigentliche Rentenzahlungen anzusehen sind, hat namentlich der Schöppenstuhl zu Leipzig solche nicht als Auszugspraestanda, welche auf jeden Besitzer des Grundstücks übergehen, sondern als gewöhnliche Renten behandelt, und dem gemäß angenommen, daß im Concurs für dergleichen Prästationen ein nach Priorität der Zeit zu locirendes Kapital, welches die in Frage stehenden Renten gewährt, aus dem Betrag der Kaufgelder des belasteten Grundstücks ausgeworfen werden müsse, dessen Zinsen als Rente der Gläubiger erhält. So noch neuerlich M. Aug. 1833. in C. H. T. Creditwesen; wo aber freilich das belastete Grundstück ein Haus in der Stadt und die Leistung selbst ziemlich deutlich als Rente bezeichnet war. Wenn die ganzen Auszugsemolumente in einem ius cohabitandi, verbunden mit dem Recht auf Kost und Verpflegung bestehen, so ist dies Auszug der geringsten Art, welcher überall, als bestellt zu dem Zweck der Versorgung die Eigenschaft der Alimente besitzt. Umgekehrt, wenn der Auszug ausdrücklich als bestimmt zur Versorgung des Auszüglers angesehen wird, ohne daß näher angegeben ist, welche Leistungen unter demselben begriffen seyn sollen, ist anzunehmen, daß derselbe jeden Falls das ius cohabitandi, und das Recht auf Beköstigung enthalte, obwohl, was letztere betrifft, es zweifelhaft bleibt, ob Theilnahme an dem Tisch des Eigenthümers, oder abgesonderte Beköstigung anzunehmen sey. Was, wenn das Letztere der Fall ist, eine Person vom Bauernstande jährlich etwa brauche, s. bei Thierfeld §. 10. S. 13., wiewohl manche Ansätze daselbst, welche das Bedürfniß überschreiten, ingleichen das mitberechnete Kleidergeld zu streichen seyn dürften. Vgl. jedoch, was einen durch letzten Willen bestellten Auszug betrifft, l. 6. 23.

D. de alim. leg. Ist bloße Beköstigung bestimmt, so ist zwar nach l. 21. D. de alim. leg. weder ein Recht auf Bekleidung noch ein Recht auf Wohnung darunter begriffen; jedoch kann, was das Wohnungsrecht betrifft, diese Bestimmung nicht auf den Fall des reservirten Auszugs ausgedehnt werden, wenn der Auszügler zur Zeit der Abtretung das Grundstück bewohnte. Ein Recht auf Licht und Feuerungsmaterial kann der Auszügler dann nicht in Anspruch nehmen, wenn ihm nur ius cohabitandi und Beköstigung an dem Tisch des Eigenthümers zusteht. Thierfeld a. a. O. S. 13.

3) Eine ganz allgemeine und durch Nichts näher bestimmte Zusage des Auszugs scheint als etwas an und für sich unwirksames angesehen werden zu müssen, was erst durch Hinzutritt gewisser Bestimmungen Wirksamkeit erhält; vgl l. 7. D. comm. praed. l. 75. pr. l. 115. pr. D. de V. O.; obwohl, was Legate und namentlich legata annua betrifft, fast Nichts unberücksichtiget gelassen wird, was eine nähere Bestimmung herbeizuführen geeignet ist; vgl. l. 30. D. de leg. 2. l. 14. D. de ann. leg. l. 69. §. 4. D. de J. D. Was den Auszug betrifft, so fehlt es an Umständen, welche die Größe des unbestimmt versprochenen Auszugs näher bestimmen nicht, bei dem auf den Colonat gegründeten Auszug, da derselbe als eine dem abgehenden Colonus als Entschädigung für die zum Besten des Grundstücks gemachten Verwendungen zugebilligte Versorgung anzusehen ist; vgl. Runde II. §. 73. 74. 75. Eben so ist die Größe und Beschaffenheit des Auszugs der ausdrücklich ad alimenta gegeben wird, nach den Umständen zu ermitteln. Endlich scheint auch bei vorbehaltenem Auszug wegen Mangel an näherer Bestimmung dessen, was unter dem Auszug begriffen seyn soll, der Vorbehalt nicht als unwirksam angesehen werden zu können, sobald der Uebereignungsvertrag als gültig und wirksam angesehen wird; obwohl die Frage entstehen kann, ob ein solcher erst ex post facto näher bestimmter Auszug als reservirter oder constituirter anzusehen sey? Vgl. oben not. 4. zu §. 5.

4) Bedürfniß des Auszüglers und das, was in andern Fällen

beachtet worden ist, sind Umstände, welche bei jeder Art des Auszugs beachtet werden müssen. Was das Erstere betrifft, so sagt dies in Ansehung der legata annua aus, die angf. l. 14. D. de ann. leg., welche annalog anzuwenden ist auf andre Fälle, in denen eine allgemeine Zusage von dergleichen Praestationen als wirksam erscheinet. Die Gewohnheit, welche zweitens in Betracht kommt, ist theils eine specielle, theils eine allgemeine. Die Letztere ist die allgemeine Ortsgewohnheit, welche aber nach der bekannten Regel: in omni iure generi per speciem derogatur, erst dann in Betracht kommt, wenn Erstere, die speciellere kein Anhalten gewährt. Bei dieser, der speciellern Gewohnheit, kommt zunächst in Betracht, was früher von demselben Grundstück als Auszug prästirt worden ist, wobei aber freilich vorauszusetzen ist, daß immittelst die Umstände nicht wesentlich sich verändert haben. Gemäß einer solchen Observanz wird namentlich der Auszügler Anspruch auf Wohnung in den zur Auszugswohnung bestimmten Behältnissen machen können; vgl. Wernher l. §. 2. Runde II. §. 74. Ist der Auszug durch letzten Willen angeordnet, so kann auch als specielle Gewohnheit in Betracht kommen dasjenige, was der Disponirende selbst bei seinen Lebzeiten dem Honorirten zu reichen pflegte, wobei jedoch nur das zu berücksichtigen ist, quod certam erogationis formam, non incertam liberalitatis voluntatem habet, l. 10. 14. 19. §. 1. 2. D. de ann. leg. l. 16. §. 1. D. de alim. leg. — Gewöhnlich pflegt man an die Spitze der bei Bestimmung eines Auszugs zu berücksichtigenden Umstände zu stellen, die Kräfte des Guts, welches mit dem Auszug als onus reale belastet ist. Gewiß mit vollem Recht, sobald von dem auf das Colonatsverhältniß gegründeten Auszug die Rede ist. Handelt es sich aber um Bestimmung eines conventionellen Auszugs, so scheint die Frage, ob hier jener Umstand dieselbe Bedeutung habe? einer weitern Prüfung zu bedürfen. Dabei ist nun zuvörderst im Allgemeinen zu bemerken, daß der Ertrag des Grundstücks allein noch immer keine Bestimmtheit geben wird, so lange nicht auch der Anspruch des Auszüglers einigermaaßen bestimmt ist. Das Letztere ist aus den

oben angegebenen Gründen der Fall bei dem auf den Colonat gegründeten Auszug; bei dem conventionellen nur dann, wenn man den Auszug als zum Behuf der Versorgung ad alimenta bestellt ansehen darf. Insbesondere fragt sich aber a) ob bei allen Arten von Grundstücken, welche mit Auszug belastet werden, diese Rücksicht zu nehmen sey? Diese Frage läßt sich nach dem, was oben §. 3. not. 2. bemerkt worden ist, nur in Ansehung der Bauergüter, welche mit Auszug belastet werden sollen, und selbst bei diesen nicht einmal als etwas allgemein und schlechthin Gültiges annehmen. Bei andern Grundstücken fehlt es an einem zureichenden Grunde dasselbe zu behaupten. Denn die Ansicht, daß durch die Belastung eines Grundstücks mit einer wiederkehrenden Leistung, auch der Ertrag desselben als Norm für die Größe der Leistung anzusehen sey, kann nicht als richtig zugestanden werden. Vgl. l. 12. D. de alim. leg. Es fragt sich b), ob der angezogene Umstand für alle Arten von Auszugspraestanda und deren Bestimmung in Betracht komme? Zunächst scheint derselbe nur auf praestationes dandi und zwar solche sich zu beziehen, für welche das Grundstück als Quelle der Leistung angewiesen worden ist. Allein, wenn man voraussetzen darf, daß der zu Gewährung des Auszugs Verpflichtete nicht über seine Kräfte angestrengt werden soll, so müssen in allen Fällen, in denen das belastete Grundstück den einzigen Erwerb für den Eigenthümer desselben vermittelt, auch andre Leistungen, welche nicht unmittelbar aus den Einkünften des Grundstücks gewonnen werden, hier in billigen Betracht kommen. Soviel bleibt aber jedenfalls ausgemacht, daß vermöge des erwähnten Umstandes solche Ansprüche Seiten des Auszüglers ausgeschlossen oder vermindert werden, welche auf unmittelbarer Benutzung von Sachen sich beziehen, die in dem Grundstück entweder gar nicht, oder doch nicht in einer bestimmten Beschaffenheit sich vorfinden. Hierdurch kann namentlich der Anspruch des Auszüglers auf ausschließliche Wohnung modificirt werden. Endlich fragt sich c) ob der erwähnte Umstand für jede Form der Bestellung des Auszugs, für den reservirten sowohl, als den constituirten anzunehmen

sey? Auch hier scheint, obgleich die §. 3. not. 2. angeführte Disposition über Beschränkung der Auszüge bei Bauergütern nur von vorbehaltenem Auszug zu verstehen ist, in der That kein Unterschied zwischen beiden Fällen der Bestellung des Auszugs Statt zu finden. Ist von dem bei einem Verkauf reservirten Auszug die Rede, so kann die Größe desselben im Ganzen nach der Summe der baar gezahlten Kaufgelder in Vergleich mit dem durch Taxe auszumittelnden Werth des ganzen Grundstücks ermittelt werden; indem man von Letzterm den Betrag der Erstern abzieht. Die dann sich ergebende Differenz ist der Werth des Auszugs, nach welchem die einzelnen Prästationen so regulirt werden müssen, daß der Werth des Auszugs die Grenze bildet, welche nicht überschritten werden kann. Wernher a. a. O.

§. 14.

Betrachtet man den Auszug als ein Recht, welches die Sache, das Grundstück afficirt, d. h. als ein dingliches Recht, welchem ein onus reale entspricht, so besteht die Eigenthümlichkeit desselben darinnen, daß das dingliche Recht gegen jeden Besitzer der Sache geltend gemacht werden kann, die Verpflichtung, den Auszug zu prästiren, auf jeden Besitzer als onus reale übergeht[1]) und nicht einmal durch Subhastation erlischt[2]), was denn als Folge nach sich ziehet, daß, so lange der Auszug dauert, das belastete Grundstück nicht mehr um einen Preis verkauft werden kann, der seinem eigenthümlichen Werth entspricht[3]). In diesem dinglichen Recht liegt aber in der Regel nicht ein Befugniß des Auszüglers, die Veräußerung des belasteten Grundstücks zu hindern[4]), oder wegen rückständiger Auszugsprästationen ohne Weiteres auf Subhastation zu dringen[5]). Bei der Collision mit andern dinglichen Rechten entscheidet theils die Beschaffenheit dieser Rechte, theils, und vorzüglich die Priorität in Ansehung der Zeit der Begründung[6]).

1) Vgl. darüber das oben §. 1. not. 3., ingleichen §. 3. 4. not. 7. Gesagte, und was rückständige Leistungen betrifft, §. 3. 4.

2) Dies ist allgemeine Eigenschaft der sogenannten Reallasten; vgl. E. P. O. XXXIX. 11. Mand. v. 28. Febr. 1726. C. A. C. 1. S. 275. Biener qu. XXIII.

3) Dieser Umstand ist von Wichtigkeit, wenn der Fall eintritt, daß von dem belasteten Grundstück Lehnwaare nach dem Betrag der Kaufgelder zu entrichten ist, was in sp. bei Veränderungen des Eigenthums an dem Grundstück, und zwar nicht blos bei der mit Vorbehalt des Auszugs erfolgenden Veräußerung, sondern auch bei spätern Uebertragungen des Eigenthums des belasteten Grundstücks vorkommen kann. Ueber Verlehnwahrung des Auszugs bei dem Colonat vgl. Runde II. §. 70. Was den in Sachsen vorkommenden Auszug anlangt, so enthält schon das bereits oben erwähnte Reser. v. 12. Jul. 1681. C. A. II. S. 26. eine Bestimmung, welche dem Beginnen, durch Veräußerung der Grundstücke unter Vorbehalt des Auszugs das Lehngeld zu hinterziehen entgegenzuwirken. Das Mittel, welches zu diesem Behuf angewendet wird, ist etwas gewaltsam; es wird Veräußerung unter Vorbehalt des Auszugs gerade hin verboten. Ein andres Reser. v. 30. Jan. 1794. C. A. C. II. 1. S. 511., das aber freilich nur in einem speciellen Fall an ein Patrimonialgericht erlassen worden ist, schreibt vor, daß bei einem mit Vorbehalt des Auszugs geschlossenen Uebereignungsvertrag der Werth des Auszugs abgeschätzt und verlehnwahret werden solle, wobei dasselbe zugleich andeutet, daß in Fällen, in denen eine Simulation von Seiten der Contrahenten zu vermuthen seyn sollte, statt der Würderung des Auszugs, die Taxe des ganzen Grundstücks Statt finden könne. Kind II. qu. 5., der diesem Reser. allgemeine Gültigkeit nicht zugesteht, ist der Meinung, daß Auszug so lange nicht nachgewiesen wird, daß in fraudem der Lehnwaare gehandelt worden sey, nicht verlehnwahrt zu werden brauche. Allein der hauptsächlichste Grund, auf welchen er seine Meinung stützt, daß die Veräußerung, welche mit Vorbehalt eines Auszugs geschieht, einem Tausch oder contractus innominatus gleich zu achten

sey, würde, auch wenn er an sich bestehen könnte, vgl. §. 5. not. 3., dennoch nichts für einen Fall entscheiden, in welchem ein mit dem Auszug bereits belastetes Grundstück veräußert wird. Und da es hier nur um einen ohngefähren Werth sich handelt, so kann auch eine Ausmittelung nach den §. 1. not. 8. angezeigten Grundsätzen wohl Statt finden. Daher sind der entgegengesetzten Meinung Ch. J. Schreckenberger de quantitate laudemii recte comput. Lips. 1807. §. 7. seq. Gottschalk I. disc. I. 15. Vgl. auch Hommel obs. 319. Zachariae qu. XII. n. 7. Wie nun die Lehnwaare Veräußerungen mit Vorbehalt des Auszugs bei oder eines mit Auszug schon belasteten Grundstücks sicher gestellt werden soll, ist die Frage. Nach den angef. sächs. Gesetzen giebt es einen doppelten Weg, einmal Ausmittelung des Werths, welchen das Grundstück an sich hat, welches wieder entweder durch Taxation oder durch Zurückgehen auf einen frühern, für das noch nicht belastete Grundstück gezahlten Kaufpreis geschehen kann, und dann, durch Abschätzung des Auszugs. Das Erstere wird in dem angef. Gesetz als das Härtere betrachtet, und scheint nach demselben nur dann anwendbar zu seyn, wenn Verdacht einer Simulation vorliegt. Um das Letztere zu bewirken, müßte einer der §. 1. not. 8. angegebenen Wege eingeschlagen werden. Nur erst, wenn der abgeschätzte Werth des Auszugs in Verbindung mit den außerdem bestimmten Kaufgeldern ein unverhältnißmäßig geringes Kaufpretium gewähren und hiermit der Verdacht einer Simulation begründet werden sollte, kann zu der Abschätzung des Grundstücks verschritten werden. Diese ganze Angelegenheit ward übrigens bei dem Landtage von 1830 mittelst Decrets v. 7. Januar 1830 den Ständen zur Begutachtung einer zu erlassenden gesetzlichen Bestimmung vorgelegt. Sowohl das dem Regierungsdecret beigelegte, als das von den Ständen ertheilte Gutachten nahm als unbestritten an, daß Verlehnwahrung des Auszugs, selbst wenn die Auszugspraestanda das Bedürfniß des Auszüglers nicht übersteigen, Statt haben müsse. Nur über die Modalität der Abschätzung zeigte sich ein Dissensus. Denn der von der Regierung gemachte

und von dem engern und weitern Ausschuß der Ritterschaft genehmigte Vorschlag, die Lehnwaare in solchen Fällen nach dem zehnfachen durch hauswirthschaftliches Ermessen zu ermittelnden Geldbetrag der Auszugspraestanda zu entrichten, fand von Seiten der allgemein. Ritterschaft und der Stände Widerspruch. Vgl. die gedr. Landtagsacten. Bd. 1. S. 125. 449.

4) Ein Interesse des Auszüglers der Veräußerung des mit dem Auszug belasteten Grundstücks zu widersprechen, läßt sich nur unter der Voraussetzung annehmen, daß a) der Auszügler Anspruch auf Leistungen hat, von welchen sich annehmen läßt, daß hierbei die Persönlichkeit des Verpflichteten berücksichtiget worden sey, was besonders von dem ius cohabitandi, dem Anspruch auf Theilnahme an dem Tisch des Verpflichteten, und Prästationen, die in faciendo bestehen und namentlich auf die Person des Auszüglers sich beziehen, wie Wartung und Pflege, nicht aber von Leistungen, welche in dando bestehen, selbst wenn diese von dem Ertrag des fundus zu leisten seyn sollten, l. 31. pr. D. de ann. leg. l. 38. D. de usufr. leg., gilt; b) die Rede sey von einer Veräusserung, welche der bewirkt, mit dem der Auszügler des Auszugs halber contrahiret hat; nicht, wenn der Auszügler bereits eine Veräusserung an einen Dritten ohne Vorbehalt hatte geschehen lassen, weil hiermit der Auszügler zu erkennen gegeben haben würde, daß ihm an der Persönlichkeit des ursprünglich Verpflichteten nichts gelegen gewesen sey. Indeß selbst diese Voraussetzungen werden in praxi nicht für ausreichend angenommen, ein Recht des Widerspruchs gegen Veräusserungen des belasteten Grundstücks für den Auszügler zu begründen. Nur bei Dismembrationen des belasteten Grundstücks sollen nach dem Gen. v. 1784 C. A. C. II. 2. S. 979. auch die Auszügler, wie die hypothekarischen Gläubiger bei dem über die Trennung abzuhaltenden V.rhör zugezogen werden. Ein Recht, der beabsichtigten Dismembration zu widersprechen, läßt sich mithin hier allerdings denken, denn wenn gleich das ius reale des Auszüglers von dem des Pfandgläubigers wesentlich verschieden ist, so hat doch der Erstere wegen rückständiger Auszugsprästationen ein Recht auf prioritätische Befriedigung unter den oneribus fundi, und daher ein Inter-

esse gleichmäßige Vertheilung der onerum bei einer in Antrag gebrachten Trennung zu fordern. Uebrigens braucht es sich ein Auszügler schwerlich gefallen zu lassen, wenn man ihm Statt eines ungetheilten Forderungsrechtes an einen einzigen Schuldner ein getheiltes Recht an Mehrere anweisen wollte.

5) Ein solches Recht hat der Auszügler nur erst vermöge erlangten hypothecarischen Rechts, mag er nun solches entweder gleich anfänglich oder erst in der Folge durch Hülfsvollstreckung in das Grundstück erlangt haben.

6) Die dinglichen Rechte, welche mit dem Anszug concurriren, sind entweder gleichartige, wie mehrere Auszüge, welche, wie freilich nach sächs. Recht in der Regel nicht geduldet werden soll, verschiedenen Personen an demselben Grundstück versichert worden sind, oder ungleichartige, wie Servituten und Pfandrechte. Alle diese Rechte können neben einander bestehen; der eigentliche Collisionsfall tritt erst dann ein, wenn vermöge eines solchen Rechts Zahlung aus dem belasteten Grundstück gefordert werden kann und wirklich gefordert wird, und durch den eingeschlagenen Weg Zahlung aus dem Grundstück zu erlangen, das Recht des Auszüglers gefährdet wird. Auf diese Weise kann der Auszug mit dem Pfandrecht collidiren a) wenn vermöge des Pfandrechts auf Subhastation des verpfändeten Grundstücks angetragen wird. Der Auszügler kann und wird hier darauf bestehen, daß sein Recht ungekränkt bleibe, das Grundstück mit der Last des Auszugs feil geboten werde. Da aber dieser Last wegen nur auf einen Kaufpreis zu rechnen ist, der geringer ausfällt, als der, welcher erlangt werden könnte, wenn das Grundstück ohne Auszug verkauft würde, so liegt dem Pfandgläubiger, der hier Gefahr läuft, einen Theil seiner Forderung einzubüßen, daran, daß das Grundstück ohne Auszug versteigert werde. Aber auch b) dann, wenn vermöge des Pfandrechts nicht gerade distractio pignoris, sondern nur Zahlung aus den Nutzungen des verpfändeten Grundstücks gesucht wird, kann dasselbe mit dem Recht des Auszüglers collidiren, insofern diesem gewisse Früchte tragende Theile des Grundstücks zur unmittelbaren Benutzung angewiesen sind, oder doch das Recht zu-

steht, gewisse Naturallieferungen aus dem Ertrag des Grundstücks zu fordern, Es fragt sich nun, wer in einem solchen Collisionsfall das stärkere Recht habe, der Auszügler oder der Pfandgläubiger? Die Meinung von Hommel obs. 674., welcher unbedingt dem Auszügler ein Vorzugsrecht zugesteht, i stunhaltbar und wird durch das angezogene Urthel, welches auf besondere factische Voraussetzungen gegründet ist, auf keine Weise bestätiget. Vielmehr muß von der Regel ausgegangen werden, daß zwar ein Gläubiger an dem Pfand nicht stärkere Rechte in Anspruch nehmen kann, als der verpfändende Eigenthümer selbst, daß aber der Letztere nach einmal bestellten Pfandrecht, das Recht des Pfandgläubigers nicht schmälern könne. Hieraus folgt von selbst, daß die Priorität der Zeit entscheide, ob das Recht des Auszüglers dem des Pfandgläubigers oder umgekehrt dieses jenem weiche. Dem Pfandgläubiger gebührt der Vorzug, wenn sein Pfandrecht älter als das des Auszüglers ist. Daher kann derselbe namentlich, wenn von Subhastation des belasteten Grundstücks die Rede ist, und er nachzuweisen vermag, daß bei dem Verkauf des Grundstücks mit dem Auszug durch den zu erwartenden Kaufpreis seine Forderung nicht vollständig werde gedeckt werden, verlangen, daß das Grundstück ohne den Auszug feil geboten werde. Vgl. Haubold S. P. R. §. 463. Gottschalk II. disc. 22. Biener qu. 26. Ist es zweifelhaft, ob bei Versteigerung des Grundstücks mit dem Auszuge die frühere Hypothek durch die zu erwartenden Kaufgelder werde gedeckt werden, so bleibt, um die Rechte des Auszüglers nicht wegen eines ungewissen Erfolgs auf das Spiel zu setzen, nichts übrig, als das Grundstück doppelt, einmal mit der Last des Auszugs und dann ohne denselben zu proclamiren, so daß, wenn das Gebot auf das mit dem Auszug feilgebotene Grundstück die Forderung des hypothekarischen Gläubigers vollständig deckt, es bei diesem Proclama bewendet, in dem entgegengesetzten Fall aber das zweite gilt. Zweifel kann bloß in dem Fall entstehen, wenn auf die eine so wie auf die andre Weise die hypothekarische Forderung gedeckt wird, jedoch bei der Proclamation des Guts ohne Auszug

der hypothekarische Gläubiger schneller zu seiner Befriedigung gelangt. Muß er dieses commodum temporis dem Interesse des Auszüglers zum Opfer bringen, wenn er die Zinsen seiner rückständigen Forderung vergütet bekommt? Wir zweifeln nicht, dies zu bejahen. Der Richter ist ermächtiget einen Ausweg zu treffen, durch welchen das Recht des Auszüglers erhalten wird, ohne daß dem hypothekarischen Gläubiger ein zu Geld anzuschlagender Nachtheil trifft. Die Frage, ob nicht auch chirographarischen Gläubigern, deren Forderung vor bestelltem Realrecht des Auszugs sich herschreibt, ein Befugniß zustehen könne, zu fordern, daß das mit dem Auszug belastete Grundstück ihres Schuldners ohne den Auszug zur Subhastation gebracht werde, muß, wenn von vorbehaltenem Auszug die Rede ist, in welchem Fall der Schuldner das Grundstück cum onere erworben hat, jeden Falls verneinet werden. Allein auch bei constituirtem Auszug scheint ein solches Befugniß den Gläubigern nur insofern zuzustehen, als nachgewiesen wird, daß die Bestellung des Auszugs in fraudem creditorum Statt gefunden habe.

Bisweilen kommt der Fall vor, daß der Auszügler mit seiner Forderung der Forderung eines andern Gläubigers nachzustehen sich verpflichtet. Hier ist vor allen Dingen soviel gewiß, daß, wenn im Concurs die Forderung des Gläubigers mit der Forderung des Auszüglers wegen rückständiger Auszugsprästationen concurriret, der Letztere nachstehen, d. h. der Gläubiger an die Stelle des Auszüglers und dieser an die Stelle von jenem treten müsse. Allein die Frage ist, ob der begünstigte Gläubiger auch das Recht des Auszüglers ganz zu Nichte machen, oder doch so lange, als er nicht befriediget ist, suspendiren, ob er also verlangen könne, daß, wenn er auf Subhastation dringt, das Grundstück ohne Auszug feil geboten werde, oder wenn er Befriedigung aus den Nutzungen des Grundstücks sucht, der Auszügler alle ihm zustehende Rechtsbenutzung einstweilen aufgebe? Eine solche Verzicht auf das Recht des Auszugs liegt in der bloßen Erklärung nachzustehen, schwerlich. Es kann demnach ein Gläubiger nicht fordern, daß der Auszügler sein Recht auf Benutzung

gewisser Feldstücke, oder wohl gar das Recht auf seine Wohnung aufgeben, damit er aus den Nutzungen des Grundstücks schneller zur Befriedigung gelangen. Aus gleichen Gründen wird ihm die Befugniß abgesprochen werden müssen, zu fordern, daß das Grundstück ohne den Auszug zur Subhastation gebracht werde. Gesetzt aber, es wäre eine Verzicht dieser Art nachgewiesen, so muß dennoch angenommen werden, daß das Recht das Grundstück ohne den Auszug zur Subhastation zu bringen, nur für den Fall eingeräumt worden sey, in welchem der Gläubiger seiner Forderung halber periclitiren würde, wenn das Grundstück mit dem Auszug feil geboten werden sollte.

§. 15.

Was die in dem Auszugsverhältniß vorkommenden Rechtsmittel betrifft, so hat, wenn nur von Entrichtung einzelner Leistungen die Rede ist, eine persönliche Klage Statt, welche auch auf Zinsen und Gewährung des **id quod interest** [1]) gerichtet ist, und insofern sie gegen einen andern, als den ursprünglich Verpflichten, gegen den dritten Besitzer, angestellt wird, als **actio in rem scripta** betrachtet werden kann [2]), wenn nicht der Besitzer die Verbindlichkeit seines Vorgängers ausdrücklich übernommen hat [3]). Mit dieser Klage, welche auch im Executivproceß geltend gemacht werden kann [4]), concurrirt, wenn dem Auszügler seiner Forderungen halber zugleich eine Hypothek bestellt worden ist, die hypothekarische Klage [5]). Wird dagegen das Recht des Auszüglers nicht in Bezug auf einzelne Leistungen, sondern an sich und im Allgemeinen bestritten, so können nach Analogie der bei den Servituten vorkommenden Klagen **actio confessoria** und **negatoria** [6]), auch wohl die auf Erhaltung des **status quo** gerichteten provisorischen Rechtsmittel Statt finden [7]).

1) vgl. die Bemerkungen zu den vorherg. §§., in welchen von der mora debitoris die Rede ist. Die Bestimmung der E. P. O. XLII. 8. ist auf die bei dem eigentlichen Gültenkauf vorkommenden Renten zu beschränken. Vgl. Curtius Handb. III §. 1324. not. e. Das id quod interest kommt vornehmlich bei Leistungen in Frage, deren Gegenstand nicht Zahlung von Geld oder andern Fungibilien ist.

2) Die actio in rem scripta, wie sie gewöhnlich von den Rechtsgelehrten definirt wird, eine Klage, die auf ein dare facere gerichtet ist, aber nicht bloß gegen den, der zu einem solchen dare facere unmittelbar aus einem Versprechen oder sonstigem obligatorischen factum verpflichtet worden ist, sondern auch auf andre, bei denen eine gewisse Eigenschaft, wie z. B. der Besitz einer Sache, eintritt, ist vollkommen passend für das mit dem Institut der Reallasten in Verbindung stehende Obligationsverhältniß. Vgl. Eichhorn §. 166. Das bleibt freilich unentschieden, ob actio in rem scripta in diesem Sinn bei den Römern vorkommt. Vgl. Düroy im Arch. f. civ. Pr. VI. n. 14. §. 19. Daß der Beklagte Eigenthümer des belasteten Grundstücks sey, ist jeden Falls als legitimatio ad causam passiva von dem Kläger zu beweisen. Vgl. Excurse zu Curtius Abth. 3. S. 2—9.

3) Dann ist wenigstens nach heutigen Rechtsbegriffen der Acquirent des Grundstücks aus seiner eignen Zusage verbindlich, ebenso wie der Erwerber eines Grundstücks, welcher eine auf demselben haftende hypothekarische Schuld übernimmt. Ein Unterschied zwischen der Uebernahme einer Reallast und einer hypothekarischen Schuld bleibt aber immer der, daß bei letzterer der vorige Schuldner nicht ex nexu kommt, wenn nicht dessen Liberation ausdrücklich bedungen worden ist, während er bei der Uebernahme der Reallast vermöge der Natur des Instituts verhaftet zu seyn aufhört, wenn nicht etwas anderes bedungen worden ist.

4) Dies wenigstens dann, wenn von Leistungen die Rede ist, welche in dando bestehen. Indeß hindert nichts auch auf Leistung eines facti im Executivproceß zu klagen, wie man an dem Beispiel schuldiger Frohnen sehen kann. Kind III.

qu. 16. Das id quod interest, wegen Nichtleistung eines factum, wird freilich nicht immer zu der für den Executiv-Proceß erforderlichen Liquidität erhoben werden können. vgl. Krause V. 3. Mirus V. §. 2. Uebrigens kann executive auch gegen den dritten Besitzer geklagt werden; denn die Zweifel, welche gegen die Statthaftigkeit der im Executivproceß gegen einen dritten Besitzer erhobenen hypothekarischen Klage Statt finden, kommen hier, wo der Besitz des Dritten als legitimatio ad causam passiva erscheinet, nicht in Betracht. Ueberdies kann aber auch nach der Ansicht der Neueren act. hypothecaria gegen einen Dritten im Executivproceß angestellt werden, Kind III. 20.

5) Vermöge dieser Klage kann der Auszügler sowohl auf Sequestration als auf Subhastation des Grundstücks dringen, wenn nicht besondere gesetzliche Bestimmungen, wie in Sachsen die des Mand. v. Verf. in geringf. Rechtssachen v. 28. Novbr. 1753. (C. A. C. I. 1. S. 383.) §. 9. entgegenstehen.

6) Vgl. Boehmer. de actt. II. 2. §. 46 sqq. Schmidt Lehrb. v. Klagen §. 471. ff. Glück X. §. 659. 686. Eichhorn §. 166. Mittermaier §. 153 a). Roßhirt im Arch. f. civil. Pr. VIII. 1. S. 55. add. Leyser sp. 109. m. 6. Wernher IV. §. 1. und 2. Krause V. §. 2. Mirus V. §. 2. Wenn von ususfructus usus und habitatio die Rede ist, so finden diese Klagen im eigentlichen Sinn, außerdem utiliter Statt. Die actio confessoria kann übrigens nicht bloß gegen den dritten Besitzer, sondern auch gegen den ursprünglichen Schuldner selbst angestellt werden. l. 5. §. 1. D. si ususfr. pet.

7) Vgl. Gönner Proceß IV. n. 79. §. 24. 30—32. Roßhirt a. a. O. S. 64. Ob das possessorium summariave bei Auszugsdifferenzen Platz greife? Ganz gewiß, wenn es um den jüngsten Besitz des ususfr. des usus oder der habitatio sich handelt. Was persönliche Leistungen betrifft, so scheint es freilich an einem wesentlichen Erforderniß, dem Besitz, zu mangeln; vgl. Unterholzner Entwickelung der Verjährungslehre II. §. 252—254. Indessen

werden dem Auszügler die remedia possessoria ohne Einschränkung zugestanden von Carpz. p. II. c. 7. def. 11. Berger. el. proc. poss. §. 19. 24. Kranse V. §. 4. Wernher IV. §. 1. Mirus V. §. 2. vgl. auch Eichhorn §. 166. Mittermaier §. 154.

§. 16.

In dem Obligationsverhältniß, welches durch Bestellung eines Auszugs vermittelt wird, kann eine Pluralität sowohl der Verpflichteten als der Berechtigten vorkommen, jedoch in der Regel ohne daß eine solidarische Verpflichtung oder Berechtigung dieser mehrern Statt findet [1]). Mehrere Verpflichtete können eintreten nicht bloß dann, wenn zur Zeit der Bestellung des Auszugs mehrere Eigenthümer des belasteten Grundstücks vorhanden waren [2]), sondern auch dann, wenn im Verfolg der Zeit das anfänglich einem zugehörige Grundstück an mehrere gelangt; was namentlich durch Erbfälle geschehen kann. Eine Mehrheit von Berechtigten in Ansehung eines [3]) Auszugs tritt dagegen eigentlich nur dann ein, wenn der Auszug für mehrere ausdrücklich bestellt worden ist [4]), was bei vertragsmäßigem Auszug wiederum entweder so, daß die mehrern als Mitcontrahenten auftreten, oder so, daß ein Einziger für sich und zu Gunsten der andern contrahirt, geschehen kann. Doch treten nur in dem erstern Fall des mehrern ausdrücklich zugesicherten Auszugs die mehrern Berechtigten unbestritten in ein bestimmtes Obligationsverhältniß zu dem Verpflichteten, vermöge dessen jeder seine Rechte unabhängig von dem andern verfolgen kann [5]). Außerdem läßt sich aber auch denken, daß an dem einem Individuum bestellten Auszug Personen Theil nehmen, für welche der Auszug wenigstens nicht ausdrücklich bestellt worden ist. Dahin gehören Personen,

mit welchen zusammen zu leben, oder denen Alimente zu leisten, der Auszügler verpflichtet ist, wie Ehegatten und Kinder [6]). Solche Theilnehmer haben, so lange der eigentlich Berechtigte selbst noch vorhanden ist, unmittelbar keine Rechte gegen den Verpflichteten, und ihre Theilnahme besteht nur so lange, als das Recht des Auszüglers selbst besteht [7]); obwohl der Verpflichtete eine solche Theilnahme zu dulden gehalten ist, wenn nicht dadurch ihm eine größere Last auferlegt wird, als er bei Bestellung des Auszugs übernommen hatte [8]). Uebrigens ist in dieser Beziehung, was das Recht der Theilnahme des Ehegatten an dem dem andern Ehegatten bestellten Auszug, mag nun diese besonders bedungen seyn oder nicht, anlangt, von Wichtigkeit, theils ob zur Zeit der Bestellung des Auszugs die Ehe bereits bestanden hat, theils ob der Auszug dem Mann oder der Frau bestimmt worden ist [9]). Die Theilnahme der Kinder an dem Auszug der Eltern hängt gemeiniglich von factischen Bestimmungen ab, ohne welche sie auf ein bloßes Recht des Mitaufenthalts für solche Kinder sich beschränkt, die kein anderes Unterkommen erlangen können [10]).

1) Dieser Satz leidet keinen Zweifel, insofern von theilbaren Prästationen die Rede ist, denn es fehlt an einem hinreichenden Grund in dieser Beziehung ein Verhältniß anzunehmen, welches eine solidarische Berechtigung oder Verpflichtung begründet. In Ansehung der mehrern Verpflichteten wird dies anerkannt von Franzke var. resol. I. 6. Mittermaier D. P. R. §. 184. Eine andere Meinung scheint Wernher IV. 1. zu hegen. Die Eigenschaft eines onus reale kann hier unmöglich etwas ändern; es folgt daraus zwar die Verpflichtung jedes Besitzers, aber in der Natur der Verpflichtung wird ebensowenig etwas geändert, als in dem Fall, wenn ein Pfand an mehrere Erben des

Schuldners kommt. l. 1. 2. C. si unus ex plur. haered. Daß auch bei mehrern Berechtigten ein solidarisches Recht der einzelnen Berechtigten nicht Statt finde, darüber s. Biener qu. 24. Das scheint nun freilich eine Modification zu erleiden, sobald von Verpflichtungen geredet wird, deren Gegenstand eine wenigstens physisch untheilbare Leistung ist. Im Allgemeinen ist indeß die Untheilbarkeit des Gegenstandes einer Verpflichtung noch kein Grund, anzunehmen, daß in dem Fall einer Mehrheit der Berechtigten oder Verpflichteten ein Recht des Einzelnen, die ganze Leistung zu fordern, oder eine Pflicht des Einzelnen, das Ganze, wenn auch vielleicht mit Vorbehalt des Regresses gegen die übrigen, zu leisten begründet sey. Das römische Recht erkennt ein solches Recht oder eine solche Pflicht nur dann an, wenn Gegenstand der Verpflichtung eine Servitut war, l. 2. §. 1. 2. 172. pr. l. 85. §. 3. D. de V. O. l. 8. 17. D. de serv. l. 4. §. 3. 4. D. si serv. vind., und gewissermaßen auch dann, wenn es um Leistung einer bestimmten species sich handelt, und einer der mehrern Verpflichteten in dem Stande sich befindet, diese species zu prästiren; a. l. 3. §. 3. D. commod. l. 22. D. depos. l. 8. §. 9. D. mand., insofern nämlich dieser auf die Leistung der species belangt werden kann. In allen übrigen Fällen giebt es nur ein getheiltes Recht und eine getheilte Verpflichtung, so daß weder der Schuldner einem einzelnen Berechtigten das Volle zu leisten gehalten ist, l. 1. §. 36. 37. 44. D. depos. l. 81. §. 1. D. de solut., noch ein einzelner Schuldner das Volle zu leisten angehalten werden kann. Der Schuldner, welcher unter mehrern Schuldnern allein, oder nur von Einem der mehrern Gläubiger auf das Ganze einer untheilbaren Leistung belangt wird, kann wenigstens nach unsern Rechtsbegriffen mit der exceptio plurium litis consortium sich schützen, im letztern Fall, wenn von einem dare die Rede ist, auch durch Despositionen sich befreien. a. l. 1. §. 36. 37. D. depos. l. 81. § 1. D. de solut. Eine Ausnahme gilt, was das Forderungsrecht mehrerer Berechtigten betrifft, in Ansehung der Leistungen, welche in faciendo bestehen, insofern als sich

annehmen läßt, daß jedem einzelnen Berechtigten die volle Leistung zugesagt worden sey. Dies ist der Fall bei Dienstleistung, welche auf die Person sich beziehen, z. B. bei dem Auszug Wartung und Pflege. Dasselbe würde auch gelten in Ansehung der Verpflichtung, ein den Auszüglern zur Benutzung überlassenes Grundstück zu besäen oder zu bestellen, wenn jeder der mehrern Berechtigten ein solches Grundstück besonders angewiesen erhalten hätte. Bei andern in faciendo bestehenden Leistungen ist es freilich weniger leicht zu erkennen, ob jedem Einzelnen, oder nur allen zusammen eine volle Leistung gebühre, wie z. B. bei der Verpflichtung, den Holzbedarf des Auszüglers herbeizuschaffen oder dessen Getreide in die Mühle zu fahren. Denn hier fragt sichs, ob der Verpflichtete eine Fuhre den beiden Berechtigten zusammen, oder jedem Einzelnen zu thun habe? Bisweilen ist aber auch die Leistung von der Art, daß sie einmal bewirkt den Verpflichteten befreit; z. B. wenn die Rede ist von Bestellung eines den Auszüglern gemeinschaftlich überlassenen Auszugfeldes. Hier hat der Verpflichtete kein Interesse, der Forderung eines Einzigen der Berechtigten sich nicht zu fügen. — Dagegen kann, wenn eine Mehrheit von Verpflichteten vorhanden ist, von einer antheiligen Leistung Einzelner nicht die Rede seyn; und selbst wenn das, wie bei Verpflichtungen, welche in faciendo bestehen, in gewisser Maaße gedenkbar wäre, könnte doch der Einzelne nicht fordern, daß der Gläubiger eine antheilige Leistung annehme, theils weil kein Gläubiger zur Annahme von Particularzahlung gehalten ist, theils weil theilweise Leistung eines factum gemeiniglich etwas ganz anders ist als die volle Leistung. Eben so wenig kann aber auch der Gläubiger einen einzelnen Schuldner auf seinen Antheil belangen. l. 11. §. 23. D. de leg. 3. l. 85. pr. §. 2. D. de V. O. Die aestimatio oder das id quod interest, welche an die Stelle einer einzelnen Leistung tritt, ist dagegen immer etwas theilbares. l. 11. §. 24. D. de leg. 3. l. 1. §. 44. D. dep. l. 54. §. 1. l. 72. pr. D. de V. O.

2) Bei dem vorbehaltenen Auszug wird vorausgesetzt, daß das

Grundstück, welches mit dem Auszuge belastet wird, als ungetheiltes Ganze mehrern überlassen worden sey. Uebrigens bleibt es gedenkbar, daß von mehrern Eigenthümern eines Grundstücks nur einer zu Gewährung eines Auszugs verpflichtet worden sey, wo dann der Auszug auch nur den Antheil, welcher dem Verpflichteten an dem Grundstück zustehet, afficiren kann.

3) Der Fall also, in welchem mehrere Berechtigte vorhanden sind, deren jedem ein besonderer Auszug bedungen ist, gehört nicht hieher. Denn dann sind soviel von einander unabhängige Auszugsobligationen als Berechtigte. Nur wenn dergleichen Auszüge nicht gleichzeitig, sondern successiv, d. h. so eintreten, daß der eine erst nach dem Erlöschen des andern zur Wirksamkeit gelangt, besteht eine gewisse Verbindung zwischen beiden Auszügen, welche aber nicht hindert anzunehmen, daß für eine bestimmte Zeit nur ein Berechtigter vorhanden sey. Die Bestellung eines Auszugs, welcher in Wirksamkeit treten soll, während ein andrer Auszug noch bestehet, will in Sachsen das Reser. v. 17. Aug. 1796. C. A. C. II. 1. S. 1098. vermieden wissen. Doch gilt Ausnahme wegen drängender Ursachen und bei vorfallenden Zweifeln ist Bericht zu erstatten. Von mehrern solchen Berechtigten hat, was theilbare Auszugsprästationen betrifft, jeder einen Anspruch auf einen gleichen Theil wie der andre. Bei untheilbaren Emolumenten, wie ususfructus und habitatio, tritt eine Art communio ein. Was praestationes in faciendo betrifft, so ist nach den Bemerkungen not. 1. das Befugniß der Berechtigten bald ein solches, das jeder einzelne verfolgen kann, bald ein solches, wegen dessen nur alle zugleich zu klagen berechtiget sind, welche dann nothwendig sich zusammen verstehen müssen, wenn überhaupt eine Klage Statt finden soll.

4) Der Eintritt mehrerer Erben des Auszüglers kann nie eine Mehrheit von Berechtigten hervorbringen, da der Auszug selbst nie vererbt wird. Dagegen tritt eine solche Mehrheit ein bei dem reservirten Auszug, wenn mehrere Eigenthümer ihr Grundstück in einem Kaufe unter Vorbehalt eines

Auszugs verkaufen, was insbesondere vorkommt, wenn Eheleute ein Grundstück im Miteigenthum haben. Außer dem Fall des Vorbehalts gehört hieher, wenn der Auszug mehreren legirt worden ist; l. 19. pr. D. de ann. leg.

5) Ob der dritte, zu dessen Gunsten ein Auszug stipulirt worden ist, ohne daß er selbst als Contrahent mitgewirkt hat, ein Klagerecht hat, bleibt allerdings auch h. z. T. noch bestritten; vgl. Curtius Handb. III. §. 1281. und die daf. not. a. angef. Rechtslehrer. Glück IV. §. 300. XIV. §. 867. Wenn der Ehemann für seine Frau, oder Eltern für ihre Kinder Auszug stipuliren, so scheint angenommen werden zu müssen, daß, so lange der Ehemann oder die Eltern leben, sie allein es sind, welche klagen können.

6) Ueber das Recht der Ehegatten und Kinder auf Leibzucht bei Grundstücken, welche in dem Colonatverhältniß sich befinden, vgl. Runde II. §. 18. 20. 21. Der Grund dieses Rechts ist im allgemeinen, die als Reallast des Hofes betrachtete Pflicht nothdürftige Alimente dem Colonus und, denen, welchen er ad alimenta verbunden war und welche sich selbst nicht erhalten können, zu leisten; bei Ehegatten kann dazu kommen die Verwendung des eingebrachten Vermögens zu dem Besten des Colonats. Diese Gründe sind nicht gültig für den conventionellen Auszug. Die Rechte auf Theilnahme am Auszug, welche hier Ehegatten und Kinder haben, hängen nicht mit Ansprüchen an dem belasteten Grundstücke zusammen; es sind vielmehr Ansprüche an die Person des Auszüglers, welche hier den Grund der Theilnahme an dem Auszug abgeben; Ansprüche, welchen an sich betrachtet der Verpflichtete nicht hindernd entgegentreten kann. Das Nähere über Anspruch auf Theilnahme gegen den Auszügler selbst wird in der Folge angegeben werden.

7) Der Auszügler selbst ist als derjenige anzusehen, welcher berufen ist die Theilnahme an dem ihm beschiedenen Auszug gegen den Verpflichteten zu schützen. Nur in subsidium, wenn er es unterläßt, der Theilnahme an dem Auszug seinen Schutz angedeihen zu lassen, bleibt es gedenkbar, daß der Theilnehmer an dem Auszug gegen den Verpflichteten unmit-

telbar klagend auftreten könne. Aber freilich beschränkt sich dieser Anspruch im Allgemeinen auf die Forderung, nicht behindert zu werden, per te non fieri, nicht auf ein unmittelbares Leisten oder Thun. Daß der Mann den seiner Ehefrau gebührenden Auszug einfordern kann, würde, selbst wenn dieses Befugniß völlig unbestritten wäre, nicht als Ausnahme von der aufgestellten Regel anzusehen seyn. Daß das Recht der Theilnahme aufhöre, wenn das Recht des Auszüglers selbst aufhört, s. Biener qu. 24. Auf diese Weise unterscheidet sich der Fall der bloßen Theilnahme von dem, in welchem der Auszug einem Dritten, der jedoch nicht als Mitcontrahent aufgetreten ist, bedungen worden war.

8) In keinem Falle also findet ein Anspruch auf Vermehrung des Auszugs statt, wenn etwa Personen hinzugekommen sind, welche der Auszügler zu versorgen hat.

So lange bloß von Prästationen die Rede ist, welche in einem Geben oder einem positiven Thun bestehen, hat der Verpflichtete kein Interesse der Theilnahme anderer an diesen Leistungen zu widersprechen. Er entrichtet das, was er schuldig ist, ohne sich daran zu kehren, wie viel oder wenig in das Gegebene sich theilen. Die Leistungen, welche in einem positiven Thun bestehen, entrichtet er dem, welchem sie bedungen sind, dem Auszügler. Dies gilt auch von der gemischten Leistung, welche in Reichung einer bestimmten Kost bestehet. Etwas anders würde gelten, wenn der Auszügler die Kost an des Eigenthümers Tische zu genießen hätte; oder die Kost unbestimmt versprochen worden ist. Nur, wenn seine Verpflichtung in non faciendo, einem Leiden bestehet, kann der Verpflichtete ein Interesse haben, der Theilnahme anderer zu widersprechen; aber auch hier hat er bloß in dem Fall ein Recht der Theilnahme dritter Personen an dem dem Auszügler eingeräumten Recht zu widersprechen, wenn die Rede ist von dem Recht des usus, welches er mit dem Auszügler gemeinschaftlich ausübt, oder dem ius cohabitandi. Hier steht ihm nämlich zur Seite, daß durch die Theilnahme Dritter, sein eignes Gebrauchsrecht beschränkt wird, was er ohne besondern Grund der Verpflichtung nicht anzuerken-

nen braucht. Wäre dagegen ein Befugniß der erwähnten Art dem Auszügler ausschließlich eingeräumt, so ist dem Eigenthümer ein Recht der Theilnahme Dritter zu widersprechen, nicht zuzugestehen. Dies ergiebt sich, was das Wohnungsrecht betrifft, aus dem, was §. 9. 10. über das Recht dritte Personen in die Wohnung aufzunehmen, gesagt worden ist, und was den Gebrauch anderer Sachen anlangt, aus l. 9. D. de usu et hab. l. 111. D. de V. O. In Ansehung des ususfructus scheint selbst, wenn derselbe dem Eigenthümer und dem Auszügler gemeinschaftlich zustände, jenem kein Recht, der Theilnahme Dritter zu widersprechen, zugestanden werden zu können. Denn der ususfructus ist nicht, wie der usus, etwas Untheilbares, das immer auf das Ganze sich erstreckt, vgl. oben §. 9., sondern einer wenigstens intellectuellen Theilung fähig, und die Theilnahme der Ehefrau und der Kinder würde sich immer nur auf den Antheil des Auszüglers erstrecken. Erst wenn Umstände sich nachweisen lassen, unter welchen die Theilnahme Dritter eine Verletzung der Pflicht zur pfleglichen Benutzung herbeiführen würde, läßt sich ein Interesse des Eigenthümers denken, die Theilnahme dritter Personen zu verhindern.

9) Wir betrachten hier vorzugsweise zuerst die Theilnahme an der Wohnung des Auszüglers, weil hier das Interesse des Auszüglers, Theilnahme eines Dritten zu verhindern, am deutlichsten hervortritt. Die Meinung von Krause III. 1., daß der Verpflichtete das individuum vitae consortium, zu welchem Ehegatten einander gehalten sind, überall respectiren, mithin die Theilnahme des einen Ehegatten an der Wohnung des andern unbedingt gestatten müsse, scheint nicht in ihrem ganzen Umfange haltbar. Ist von einer Wohnung in besondern Behältnissen die Rede, so mag dieselbe allerdings richtig seyn, ohne Unterschied, ob der Auszug dem Mann oder der Frau bestellt worden ist. Vgl. l. 2. 4. D. de usu et hab. und oben §. 8. 10. Von diesem Fall scheint Berger Oec. II. 3. 24. not. 5. Hommel obs. 2. Haubold S. P. R. §. 463. Zachariae XXXI §. 2. Biener qu. 24. zu sprechen. Was dagegen das Recht der Theilnahme an dem bloßen ius cohabitandi des Ehegatten anlangt, so scheint der im §. angeführte Um-

stand von Wichtigkeit insofern, als man annehmen muß, daß im Zweifel der Umfang eines eingeräumten Befugnisses nach den Verhältnissen bestimmt werden müsse, welche zur Zeit der Einräumung dieses Rechts bestanden, vgl. l. 38. pr. D. de solut. Hommel obs. 589. Befand sich also zur Zeit des bestellten Auszugs der, dem das ius cohabitandi eingeräumt ward, bereits in einer ehelichen Verbindung, und ist es der Ehemann, dem der Auszug bestellt worden ist, so muß angenommen werden, daß demselben auch das Recht zustehe, seine Ehefrau bei sich zu behalten. Denn daß die Frau bei dem Manne wohne, versteht sich von selbst, und es muß vorausgesetzt werden, daß der Verpflichtete, der nicht durch eine entgegengesetzte ausdrückliche Bestimmung sich vorgesehen hat, in diese Nothwendigkeit ebenfalls sich gefügt habe. Es fragt sich aber, ob auch in dem entgegengesetzten Falle, wenn der Frau der Auszug bestellt worden ist, dem Ehemann die Theilnahme an dem ius cohabitandi gestattet werden müsse? Hier tritt nun allerdings der Umstand entgegen, daß die Frau dem Mann, nicht umgekehrt dieser jener folgen muß. Inzwischen scheint es doch eben sowohl contra bonos mores, als gegen die Regeln der Interpretation von Rechtsgeschäften zu verstoßen, wenn man annehmen wollte, daß in einem solchen Fall der Ehefrau das ius cohabitandi nur bedingt, d. h. nur dann, wenn der Ehemann verstorben ist, oder sie von ihm getrennt lebt, eingeräumt worden sey. Vgl. l. 8. §. 1. D. de usu et hab. Abgesehen also etwa von dem Fall des reservirten Auszugs, wenn zur Zeit der Bestellung desselben, die Eheleute nicht das übertragene Gut bewohnten, sondern die Ehefrau in der Wohnung des Mannes sich aufhielt, in welchem Fall allerdings eine Beschränkung des ius cohabitandi sich rechtfertigen läßt, so wird auch dem Ehemann Theilnahme an dem ius cohabitandi der Frau eingeräumt werden müssen. Diese Grundsätze scheinen der l. 53. §. 2. D. de A. E. V. wenigstens in dem Fall des vorbehaltenen Auszugs vollkommen zu entsprechen. Bestand dagegen zur Zeit der Bestellung des Auszugs keine Ehe auf Seiten des Auszüglers, so kann der Eigenthümer nicht

angehalten werden auch dem nachherigen Ehegatten das ius cohabitandi zuzugestehen, sobald nicht dies Recht ausdrücklich bedungen worden ist. Mirus VI. 7. Thierfeld §. 21.; wo dann aber auch der Auszug über die Schwelle zu reichen seyn soll. Ob dasselbe auch von dem Fall gelte, wenn zur Zeit des bestellten Auszugs die Ehegatten getrennt lebten und nachmals sich wieder vereinigten, ist allerdings zweifelhaft. Es ist denkbar, daß das ius cohabitandi dem einen Ehegatten blos unter der Voraussetzung einer Fortdauer der Separation eingeräumt worden sey. Ist aber diese Voraussetzung nicht ausdrücklich ausgesprochen, so scheint gegen das Widerspruchsrecht des Verpflichteten der Umstand zu streiten, daß, wie er wissen mußte, es von der Willkühr der Ehegatten abhängt, das eheliche Verhältniß in seinem ganzen Umfang wieder eintreten zu lassen. Noch ist die Frage übrig, ob, wenn die zur Zeit der Bestellung des Auszugs bestandene Ehe getrennt worden ist, nachmals aber eine anderweite eheliche Verbindung Statt gefunden hat, der Verpflichtete auch die Theilnahme des zweiten Ehegatten sich gefallen lassen müsse? Die Frage kann vorkommen, sowohl, wenn die Theilnahme des Ehegatten ausdrücklich bestimmt worden ist, als auch in dem entgegengesetzten Fall. In dem erstern Fall ist sie von besonderer Wichtigkeit insofern, als die Rede ist von der Fortdauer des Auszugs für den überlebenden Ehegatten; wovon indeß erst weiter unten die Rede seyn wird. Hier fragt sich nur, ob der Verpflichtete auch dem neuen Ehegatten Antheil an der Cohabitation des Auszüglers gestatten müsse? Ist über die Theilnahme des Ehegatten nichts ausdrücklich bestimmt, so kann zwar Ersterer nach dem, was bereits not. 8. erinnert worden ist, das Befugniß des Auszüglers in die ihm zur Wohnung besonders angewiesenen Behältnisse den Ehegatten aufzunehmen, im Allgemeinen keinem Zweifel unterliegen. Dies namentlich auch dann, wenn die Auszüglerin eine Wittwe ist, welche nachmals zur zweiten Ehe schreitet. l. 4. §. 1. l. 6. D. de usu et hab. Vgl. Biener. qu. 24. Was aber die Theilnahme an dem ius cohabitandi, unter den angegebenen Voraussetzungen betrifft, so ist die Entscheidung schwie-

riger, und es scheint fast, als müßte die obige Frage verneint werden, wie sie auch von Mirus VI. 7. wirklich verneint wird. Denn das zur Zeit der Bestellung des Contracts bestandene Verhältniß hat sich geändert; und darauf, daß an die Stelle desselben ein andres ähnliches getreten ist, kann um so weniger etwas ankommen, als sich keineswegs annehmen läßt, daß dasselbe in allen Beziehungen dem frühern gleich seyn, den Verpflichteten nicht mehr belästigen werde, als dieses. Am meisten scheint der Widerspruch des Verpflichteten Beachtung dann zu verdienen, wenn eine Auszüglerin zur zweiten Ehe verschreitet. — Ist dagegen die Rede von einem Fall, in welchem der Ehemann sich und seiner Ehefrau Auszug ausdrücklich stipulirt hat, so wird die Frage, ob im Fall einer anderweiten Verheirathung auch für die zweite Ehefrau ein Anspruch auf den Auszug Statt habe, welche der Verstorbenen bedungen war? bejahet von Biener qu. 24. a.F., dasselbe nimmt Zachariae XXI. §. 2. auch in dem Fall an, wenn die Frau sich und ihrem Ehemann Auszug stipulirt hätte. Und wir tragen kein Bedenken, dieser Meinung beizupflichten, wenn nicht etwa nachgewiesen werden kann, daß die Persönlichkeit des verstorbenen Ehegatten in Anschlag gekommen sey, als für denselben Auszug bedungen und zugestanden ward, wie dies in dem Fall angenommen werden kann, wenn Eltern ihr Grundstück an ihre Kinder mit Vorbehalt eines Auszugs abtreten. Der Schöppenstuhl soll indeß in mehreren Fällen gegen die Bienersche Ansicht entschieden haben. Ein Argument für diese letztere Meinung läßt sich aus l. 47. §. 1. D. de leg. 3. entnehmen. Hätten beide Ehegatten als Contrahenten gehandelt, so würde sich auf keine Weise annehmen lassen, daß an die Stelle des Verstorbenen der zweite Ehegatte trete.

Die bisher in Ansehung der Theilnahme an dem ius cohabitandi vorgetragenen Grundsätze werden sich leicht auf andre Verhältnisse in Ansehung deren Theilnahme an einem dem Auszügler mit dem Eigenthümer gemeinschaftlich zustehenden Gebrauchsrecht in Frage kommt, anwenden lassen. Nur was die Theilnahme an der dem Auszügler zugestandenen Kost betrifft wird es nothwendig seyn, einige Bemerkun-

gen anzuschließen. Auszuscheiden ist hier vor allen Dingen der Fall, wenn die Kost in Ansehung ihrer Qualität und Quantität bestimmt ist; denn hier unterliegt es keinem Zweifel, daß der Verpflichtete nicht mehr als die bestimmte Quantität zu leisten branche. Ist aber die Kost unbestimmt, oder gar an dem Tisch des Verpflichteten zugestanden worden, so fragt sich, ob der Verpflichtete auch die Bedürfnisse des Ehegatten zu beachten brauche? Diese Frage ist gewiß dann zu verneinen, wenn entweder zur Zeit der Bestellung des Auszugs keine Ehe bestand, oder in dem entgegengesetzten Fall der Frau der Auszug bestellt worden war. Und selbst in dem Fall, wenn der Auszug einem verheiratheten Manne zugesichert worden war, möchte, da die Gründe, mit welchen die Statthaftigkeit einer Theilnahme an dem ius cohabitandi sich vertheidigen läßt, hier nicht in ihrem ganzen Umfang anwendbar erscheinen, die bejahende Antwort nur dann über allen Zweifel erhaben seyn, wenn von reservirtem Auszug die Rede ist.

10) Die Theilnahme an dem Auszug, welche den Kindern zusteht, beschränkt sich in der Regel auf das Recht des Mitaufenthalts in dem Gute und etwa auf die Kost in den Fällen, in welchen auch der Ehefrau eine Theilnahme in dieser Beziehung zugestanden werden muß. Alle andern Emolumente für dieselben müssen ausdrücklich bedungen seyn. Das Recht des Auszüglers, die Kinder in die ihm ausschließlich angewiesene Wohnung aufzunehmen, scheint nun nach dem, was oben über diesen Punct bemerkt worden ist, keinen Beschränkungen zu unterliegen; indeß findet man dennoch dasselbe, namentlich in Ansehung des bei Bauergütern vorkommenden Auszugs, gewöhnlich beschränkt auf Kinder, welche nicht im Stande sind anderweitiges Unterkommen zu erlangen; also auf unerzogene, gebrechliche; für andere aber in Krankheitsfällen, oder wenn sie dienstlos sind. Diese Umstände müssen zugleich als solche angesehen werden, welche die Theilnahme der Kinder an einem bloßen ius cohabitandi der Eltern ipso iure bedingen. Uebrigens ist dies Recht der Theilnahme an dem den Eltern zugestandenen Auszug nicht blos auf die zur Zeit der Bestellung des Auszugs vorhandenen Kinder zu

beschränken, vielmehr anzunehmen, daß auch in Ansehung nachgeborner Kinder dasselbe gelte, wenn nur diese aus einer zur Zeit der Bestellung des Auszugs bestehenden Ehe erzeugt worden sind. Die Beantwortung der Frage, welche zum Glück nicht oft vorkommen wird, ob auch wegen der aus einer nach Bestellung des Auszugs von einer Auszüglerin außerehlich erzeugten Kinder Theilnahme an dem Auszug verlangt werden könne? scheint auf gleiche Weise erfolgen zu müssen, wie die der Frage, ob dem nach bestelltem Auszug eintretenden Ehegatten die Theilnahme an dem Auszug des andern zuzugestehen sey. In der Regel wird also eine verneinende Antwort als die richtigere erscheinen; vgl. Thierfeld a. a. O. §. 17. Dies muß ganz besonders von der Theilnahme an dem ius cohabitandi und dem Recht auf Beköstigung gelten. Und selbst eine zu Gunsten der Kinder ausdrücklich bewirkte Bestimmung wird nur auf ehelich erzeugte Kinder zu beziehen seyn.

§. 17.

Das, was der Auszügler durch die Leistungen des Verpflichteten oder durch den unmittelbaren Gebrauch gewisser ihm angewiesenen Sachen erwirbt, wird als zu seinem Vermögen gehörig angesehen[1]). Aber auch das Recht auf den Auszug selbst, kann als Vermögensrecht betrachtet werden, was seine Folgen äußert, theils in dem Befugniß des Auszüglers über dieses Recht zu disponiren, theils in der Verpflichtung desselben, dritten Personen, welchen ein Anspruch an das Vermögen des Auszüglers im Allgemeinen zusteht, das Recht einzuräumen, diesen Anspruch auch in Beziehung auf den Auszug geltend zu machen; beides indeß unter der Beschränkung, daß dadurch die Lage des zu Verabreichung des Auszugs Verpflichteten nicht verschlimmert[2]), insbesondere aber nicht eine Verfügung über die Dauer des Auszugs, wie selbige vermöge der Bestellung desselben angenommen werden muß, hinaus be-

wirkt werde[3]). Was nun A) das Dispositionsrecht des Auszüglers betrifft, so kann wegen des hiebei in Betracht kommenden Interesses des Verpflichteten nicht jede Art der Disposition dem Auszügler gestattet seyn[4]). Soviel hingegen B) die Ansprüche dritter Personen anlangt, so kommen theils die Rechte der Gläubiger des Auszüglers, welche die Auszugsemolumente als Mittel zu ihrer Befriedigung zu gelangen, benutzen wollen, in dieser Hinsicht aber nicht bloß in Ansehung solcher Auszugsemolumente, hinsichtlich deren das Dispositionsrecht des Auszüglers beschränkt ist, sondern auch auf andere Weise beschränkt seyn können[5]), theils der Personen, welchen wegen ihrer Verbindung mit dem Auszügler ein Recht der Theilnahme zusteht[6]), vornehmlich aber das Recht des Ehemannes an dem der Ehefrau zuständigen Auszug in Ansehung der Frage: ob der Auszug als inferirt anzusehen sey[7]), inwieweit der Ehemann Namens der Frau Auszugspraestanda erheben könne[8]), was nach beendeter Ehe der Frau oder deren Erben restituirt werden müsse[9])? in Betracht. Das Dispositionsrecht des Auszüglers kann übrigens noch besondern Beschränkungen, sowohl in dem Interesse der Personen, welchen Ansprüche in das Vermögen des Auszüglers zustehen[10]), als auch, was insbesondere den der Versorgung des Auszüglers halber bestellten Auszug anlangt, namentlich in dem Interesse derer, welche in subsidium zu Versorgung des Auszüglers gehalten sind[11]), unterliegen. Endlich ist, wenn das Recht des Auszugs als Vermögensrecht betrachtet wird, auch noch die Frage von Wichtigkeit, ob der Inhaber eines solchen Rechts als angesessen zu betrachten sey, oder nicht[12])?

1) Vgl. §. 26. J. de rer. divis. l. 58. pr. D. de usufr. l. 8. D. de ann. leg. Dies gilt selbst bei dem auf Colonat beru-

henden Auszug, wenn nicht in Ansehung mancher Gegenstände wie des Stroh's und Düngers durch Provinzialgesetzgebung etwas andres festgesetzt worden ist; Runde II. §. 41.

2) Diese Rücksicht, welche im Allgemeinen bei Dispositionen über den Auszug zu nehmen ist, kommt ganz besonders dann in Betracht, wenn von Uebertragung des ius cohabitandi, oder von praestationibus faciendi, die lediglich auf die Person des Auszüglers sich beziehen, die Rede ist. Hier scheint der Verpflichtete schon der Anweisung an eine andre Person widersprechen zu können, ohne daß es hiebei der besondern Nachweisung eines Nachtheils bedarf.

3) In diesem Sinn war auch schon nach römischen Recht die cessio ususfructus, vermöge deren ein andrer, als usufructuarius eintrat, unwirksam, §. 3. I. de usufr. Die angezogene Stelle, über deren Sinn und Bedeutung ehedem vielfach gestritten ward, vgl. Glück IX §. 634. S. 218. ff. hat erst durch Gaius II. 30. Licht erhalten. Insofern der Grund dieser Bestimmung in dem Interesse des Proprietar liegt, dem ein anderer usufructuarius, an dessen Person der ususfructus gebunden ist, nicht aufgedrungen werden kann, scheint sie allerdings noch h. z. T. gültig, d. h. sie bewirkt, daß noch immer der ususfr. als mit der Person des vorigen usufructuarius zusammenhängend angesehen werden muß, folglich mit dem Tode desselben als des ursprünglichen usufructuarius auch das Recht des cessionarius aufhört. Doch leidet es wohl keinen Zweifel, daß mit Bewilligung des Proprietar auch eine solche Uebertragung des ius ususfructus Statt finden könne. Diese Grundsätze scheinen auch auf das Auszugsrecht anwendbar. Hierbei entsteht nun noch die Frage, ob der ususfructus oder das Auszugsrecht, welches auf diese Maaße übertragen worden ist, als ein neu constituirtes Recht oder als eine Fortsetzung des frühern Rechts anzusehen sey? eine Frage, die bei der Collision mit andern dinglichen Rechten von Wichtigkeit ist. Allerdings scheint das Erste das Richtigere. Das Eintreten einer andern Person bewirkt offenbar ein neues, von dem frühern verschiedenes Verhält-

niß, was besonders klar bei dem Recht des Auszugs wegen der Prästationen die in faciendo bestehen, hervortritt. Demgemäß muß angenommen werden, daß der eintretende usufructuarius oder Auszügler den früher vorhandenen Hypotheken nachstehe. Es ist hier also nicht derselbe Fall, wie bei Abtretung eines nicht an die Person gebundenen, sondern auf die Erben übergehenden Rechts, wie des Pfandrechts, welche auch ohne Concurrenz des Schuldners von dem Gläubiger mit der Wirkung geschehen kann, daß dasselbe Recht auf den cessionarius übergehe. Vgl. Mühlenbruch über Cession der Forder. Rechte §. 27. 28.

4) Betrachtet man die Disposition des Auszüglers hinsichtlich des Objects, so ist zu unterscheiden, zwischen der Uebertragung einzelner Auszugsemolumente und der Uebertragung des ganzen Complexus derselben, des Auszugs im Ganzen. Wenn von Uebertragung einzelner Auszugsemolumente die Rede ist, so ist, was diejenigen Emolumente anbetrifft welche in einem unmittelbaren Recht der Benutzung oder des Gebrauchs bestehen, in Ansehung des ususfructus nicht zu bestreiten, daß eine Ueberlassung dieses Rechts an Andre der Proprietar in der Regel sich gefallen lassen müsse, so lange diese Ueberlassung nur nicht die Grenzen der Benutzung überschreitet, welche ein bonus paterfamilias zu beachten hat, oder durch besondere Bestimmungen festgesetzt worden sind, l. 12. §. 2. l. 15. §. 4. 5. l. 27. §. 1. D. de usufr. §. 1. J. de usu et hab. Nicht dasselbe gilt zu Folge des angef. §. 1. J. für den usus; wogegen habitatio, insofern von dem aus der Bewohnung zu ziehenden Nutzen die Rede ist, dem ususfructus gleichstehet, l. 13. C. de usufr. Wir tragen kein Bedenken diese Grundsätze auch als gültig für den Auszug anzuerkennen, verweisen jedoch, was das Recht zu vermiethen anlangt, auf das darüber §. 10. not. 6. 7. Gesagte. Es versteht sich dieses überall mit Berücksichtigung der Regel: soluto iure concedentis, solvitur ius eius, cui concessio facta est, welche dann auch in specie für den Fall gilt, wenn die Sache, an welcher der ususfructus zusteht, nicht für die ganze Dauer des Auszugs bleibt, sondern in bestimmten Zeitabschnitten

wechselt. Soviel hiernächst die sogenannten praestationes personales anlangt, so ist man einverstanden, daß praestationes, welche lediglich in einem Geben bestehen, auf andre übertragen werden können; denn das Recht auf dergleichen Leistungen an sich betrachtet, hat Nichts, wodurch es von einer gewöhnlichen Geldforderung sich unterschiede. Vgl. Wernher II. 2. Krause IV. 2. Dagegen fragt es sich, ob dasselbe auch von Prästationen anzunehmen sey, welche in faciendo bestehen. Die Frage, ob Forderungsrechte, welche ein Thun zum Gegenstande haben, auf andre übertragen werden können? findet sich bei den Schriftstellern über Obligationen, namentlich über obligationes faciendi und über Cessionen nirgends in ihrem ganzen Umfange beantwortet. Selbst das Mühlenbruchsche Werk über Cession der Forderungsrechte behandelt diese Frage nur in Beziehung auf die operae, welche nach Röm. Recht der Freigelassene dem Patron zu leisten hatte. Der berühmte Verfasser des erwähnten Werks erklärt jede Forderung in der Regel für geeignet, übertragen zu werden; er nimmt aber von dieser Regel eine doppelte Ausnahme an; a) in Ansehung solcher Rechte, welche, wenn auch ihr Object eine Schätzung nach Geld gestattet, doch an sich eine solche Schätzung nicht zulassen, und rechnet hieher die sogen. operae obsequiales des Freigelassenen, nicht aber die operae fabriles, von denen es heißt, quasi in pecuniae praestatione consistunt, l. 6. D. de op. lib., und welche nicht bloß vererbt, sondern auch wenigstens unter gewissen Umständen andern vermiethet, ja sogar den Gläubigern überlassen werden konnten; vgl. l. 9. §. 1. l. 25. 27. 40. D. de op. lib.; b) in Ansehung der Rechte, welche aus besondern Gründen an eine bestimmte Person gebunden sind, wohin namentlich Alimentenforderungen gerechnet werden. Die Anwendung der Grundsätze über operae libertorum auf praestationes, welche in faciendo bestehen, ist im Allgemeinen weder völlig unbedenklich noch ausreichend. Das besondere Verhältniß zwischen Patron und Freigelassenen ist von eigenthümlicher, durch das officium pietatis auf Seiten des letztern bedingter Art, so daß man

mit Recht zwar schließen kann, was dem Patron in Ansehung der obligatio operarum nicht gestattet ist, kann einem Creditor, der in einem andern Verhältniß operas von seinem Schuldner verlangt, nicht gestattet seyn; nicht aber umgekehrt, was dem Patron gestattet ist, das ist auch jedem andern Gläubiger zuzugestehen. Ueberdem bilden operae nicht die einzige Art der obligatio ad faciendum. Es scheint, daß man bei Beantwortung der Frage, ob Uebertragung des Rechts auf Prästationen, die in faciendo bestehen, statthaft sey oder nicht? vor allen Dingen zu untersuchen habe, ob durch Uebertragung eines solchen Rechts in dem Object der Verpflichtung etwas geändert werde oder nicht. Wäre das letztere der Fall, so könnte es kein Bedenken haben, die Uebertragung eines solchen Rechts, wie die anderer Forderungsrechte als statthaft anzuerkennen. In dem erstern Fall hingegen müßte die Statthaftigkeit einer solchen Uebertragung verneinet werden, weil einem Schuldner nicht aliud pro alio zu leisten auferlegt werden kann. Daß jedes factum, das dem einem, dem A. versprochen worden ist, etwas andres sey, wenn es einem andern, dem B., geleistet wird, läßt sich nun freilich nicht allgemein behaupten. Die l. 10. 12. D. de op. lib., welche diesen Satz auszusprechen scheint, handelt bloß von operis praestandis und wird überdem durch l. 23. D. de op. lib. bedeutend modificirt. Auch würde der erwähnte Satz, in voller Allgemeinheit genommen, offenbar zu viel, nehmlich auch das beweisen, daß das Recht auf praestationes, die in faciendo bestehen, nicht nur nicht durch Cession, Vermiethen, Verschenken, auf andre übergetragen, sondern auch nicht vererbt werden könne, welches letztere jedoch im Allgemeinen noch von niemand bestritten worden ist, auch wenigstens nach den Bestimmungen der l. un. C. ut act. ab haer. l. 13. C. de contr. et comm. stip. nicht bestritten werden kann. Man muß vielmehr die verschiedenen Arten der obligatio faciendi unterscheiden. Ist die Rede von solchen factis, durch welche die Herstellung eines opus bezweckt wird, l. 5. §. 1. D. de V. S., so sieht man leicht, daß es in der Regel dem Verpflichteten völlig gleichgültig seyn

müsse, für wen das beabsichtigte opus gefertiget werde. Eben so leicht ist aber einzusehen, daß, wenn die in Frage stehenden facta lediglich darauf berechnet sind, einer bestimmten Person für unbestimmte individuelle Bedürfnisse etwas zu leisten, wie Wartung und Pflege, der Verpflichtete mit seinen Leistungen nicht an eine andre Person gewiesen werden kann, die vielleicht ganz andre Bedürfnisse hat. In diesem Fall ist also der obige Satz vollkommen anwendbar, nicht in jenem. Allein in der Mitte zwischen den beiden bisher erwähnten factischen Leistungen liegen noch manche andre, die man weder zu der einen noch zu der andern der bisher erwähnten Arten rechnen kann, wie, um ein den römischen Juristen geläufiges Beispiel zu wählen, Capuam ire, oder was namentlich bei den heutigen Frohnen vorkommt, Fuhren zu thun u. dgl., wo es, abgesehen von den für Frohnen gültigen Bestimmungen, quaestio facti bleibt, ob das factum allgemein, oder mit Hinsicht auf das Bedürfniß einer bestimmten Person versprochen worden ist. Aber selbst bei factischen Leistungen, welche die Herstellung eines opus bezwecken, kann diese quaestio facti vorkommen und demnach die Möglichkeit einer Uebertragung des Rechts auf die Leistung wenigstens beschränkt werden. Dies nämlich in Fällen, in welchen die Rede ist von Verarbeitung gewisser, dem Berechtigten zustehenden Sachen, insofern diese nicht auch der Quantität nach näher bestimmt sind, wie z. B. das Ausdreschen des, dem Verpflichteten zugehörigen Getreides, das Bestellen seiner Felder.

Diese Grundsätze scheinen im Allgemeinen auch anwendbar, wenn von der Uebertragung der praestationes facti die Rede ist, welche unter den Auszugsemolumenten begriffen sind. Allein es tritt hierbei auch noch ein besonderer Grund ein, welcher die Möglichkeit der Uebertragung des Rechts auf factische Leistungen in den meisten Fällen ausschließt. Der Auszug ist ein persönliches, nicht auf die Erben übergehendes Recht, und die Voraussetzung, daß die dem Auszügler zugesagten persönlichen Leistungen mit Hinsicht auf dessen individuelle Bedürfnisse versprochen sind, scheint hier

ohne weiteres begründet. Dies aber ganz besonders dann, wenn der Auszug zur Versorgung des Auszüglers bestimmt ist. Dem gemäß kann schon aus allgemeinen Gründen das Recht auf Wartung, Pflege, Beköstigung nicht als geeignet zur Uebertragung angesehen werden. Krause IV. 2. Für andere factische Leistungen folgt dasselbe theils aus allgemeinen Gründen, theils aus der eigenthümlichen Natur des Auszugs. So z. B. wird der Verpflichtete nicht gehalten seyn, andere Felder als die dem Auszügler zur Benutzung überlassenen zu bestellen, anderes Vieh als das dem Auszügler zugehörige zu füttern, anderes Getreide als das demselben als Auszugspraestandum gelieferte auszudreschen u. dgl. Andre factische Leistungen, welche die Herstellung eines opus bezwecken, werden bei dem Auszug nicht leicht vorkommen. Man kann demnach für den Auszug im Allgemeinen die Regel aufstellen, daß das Recht auf praestationes faciendi nicht übertragen werden könne. — Hiernach ist denn auch zu bestimmen, inwiefern Uebertragung des ganzen Complexes der Auszugsemolumente Statt finden könne? Die Statthaftigkeit einer solchen Uebertragung hängt von der Beschaffenheit der einzelnen Auszugsemolumente ab. Nur wenn jedes derselben für sich betrachtet übertragbar ist, erscheinet die Uebertragung des ganzen Complexes wirksam. Mit diesen Ansichten sind in der Hauptsache einverstanden Hagemann Erört. VII. 51. Mirus IV. 9. Dagegen spricht Zachariae XXI. 3., welcher den Auszug als überall zu dem Zweck der Versorgung bestimmt, betrachtet, dem Auszügler das Befugniß ab, über das Recht auf den Auszug und die in demselben enthaltenen Alimente zu disponiren, insofern nicht in der Möglichkeit der Disposition der eigentliche Nutzen des Auszugs sich äußert. Eben so allgemein scheint Biener qu. XXIII. ein solches Befugniß dem Auszügler abzusprechen, weil das Recht auf Auszug ossibus inhaeret, obwohl an einer andern Stelle qu. XXV. in fin. nicht minder allgemein angenommen wird, daß die Gläubiger des Auszüglers an die Auszugsemolumente sich halten können. Endlich erklärt auch Mittermaier §. 199. mit

Beziehung auf Runde II. §. 41. S. 424., wo indeß bloß von dem auf den Colonat gegründeten Auszug die Rede ist, und Hagemann a. a. O., der jedoch dieser Ansicht nicht beipflichtet, das Recht des Auszüglers für ein höchst persönliches nicht übertragbares Recht.

Außer dem Object der Verfügung kann aber bei der Disposition über den Auszug auch noch die Person, auf welche die Uebertragung geschiehet, und die Art und Weise der Uebertragung in Betracht kommen. Was das erstere betrifft, so ist der, an welchen die Uebertragung geschieht, entweder der Verpflichtete, oder ein Dritter. Die Ueberlassung von Auszugsgerechtsamen an den Verpflichteten ist im Allgemeinen eben so unbedenklich als sonst die cessio ususfructus an den Proprietar. Sie ist jedoch nicht immer aus dem Gesichtspunct eines ganz oder theilweise erfolgten Aufgebens der Auszugsgerechtsame anzusehen. Es läßt sich vielmehr dieselbe, wenn sie unentgeldlich geschieht, als bloße remissio, und wenn dagegen ein Aequivalent gegeben wird, bald als Pacht, bald als Verwandlung der Naturalleistungen denken. Findet das letztere Statt, so kommen bei einem Auszug, der mortis caussa und zwar ad alimenta bestellt worden ist, die Bestimmungen der l. 8. D. de transact. in Betracht. Uebrigens ist es in dem Interesse des Verpflichteten gleichgültig, ob die Uebertragung an einen Dritten titulo oneroso oder titulo lucrativo geschehe.

5) Der ususfructus kann allerdings Gegenstand der Hülfsvollstreckung seyn, l. 8. pr. D. de bon. aut. iud. poss., l. 4. D. de usufr. Daß Auszugspraestanda, als obiectum executionis angegeben, auch wohl bei einem zu dem Vermögen des Auszüglers entstandenem Concurs zu der Masse gezogen werden können, behauptet allgemein Küstner ad Griebner. tit. XXXIX. §. 21. not. 58[b]). Haubold S. P. R. §. 463[a]). Biener qu. XXV. a. E. Allein diese Behauptung kann nicht ohne Einschränkung als richtig zugestanden werden, wie schon Schweppe Syst. des Conc. §. 38. bemerkt. Man kann vielmehr als Regel annehmen, daß alle die Emolumente, über welche der Auszügler wegen des entgegenste-

henden Interesses des Verpflichteten nicht disponiren darf auch von den Gläubigern des Auszüglers nicht in Anspruch zu nehmen sind. Inzwischen folgt daraus noch nicht das umgekehrte, daß die Gläubiger ohne weiteres alle Befugnisse des Auszüglers in Anspruch nehmen können, in Ansehung deren dem Auszügler eine Dispositionsbefugniß zusteht. So wird, obschon dem Auszügler das Recht zustehen sollte, die ihm zur Wohnung eingeräumten Behältnisse zu vermiethen, den Gläubigern zwar ein Recht die Miethzinsen zu inhibiren, keinesweges aber das Befugniß, den Auszügler aus der ihm eingeräumten Wohnung zu vertreiben, damit diese zur Vermiethung benutzt werden könne, zugestanden werden können. Selbst das kann bezweifelt werden, ob in dem Fall, wenn dem Auszügler ein eignes Auszugshaus zur Bewohnung angewiesen ist, welches mehr Raum enthält, als der Auszügler bedarf, die überflüssigen Behältnisse zu dem Besten der Masse zu Vermiethungen benutzt werden können, insofern nicht zugleich der Verpflichtete von jedem Mitgebrauch ausgeschlossen ist. Außerdem scheint auch der bloß zu Versorgung des Auszüglers bestimmte Auszug von den Gläubigern nicht in Anspruch genommen werden zu können. Die Regel, daß der Concurs keine alimenta gewähre, würde hier ganz verkehrt angewendet werden; denn sie sagt bloß, daß aus den zur Masse gekommenen Gütern des Gemeinschuldners die Alimente nicht verabreicht zu werden brauchen, keinesweges aber, daß Sachen, welche ad alimenta bestimmt sind, zur Masse gezogen werden können. A. M. sind Küstner ad Griebner. l. l. und Mirus IV. 14. Wenn man indeß, obwohl ohne auf eine gesetzliche Bestimmung sich beziehen zu können, annimmt, daß die täglichen Kleidungsstücke eines Schuldners den Gläubigern nicht Preiß gegeben werden, wenn sogar in Sachsen nach der A. P. O. XXXIX. §. 5. Geräthschaften, welche zu Gewinnung des täglichen Unterhalts dienen, von der Hülfsvollstreckung ausgeschlossen bleiben sollen, so dürfte die erstere Meinung im Allgemeinen als die richtigere sich darstellen, und höchstens dann, wenn der Auszug bedeutend mehr beträgt als zu dem Unterhalt des Schuld-

ners erforderlich ist, eine Theilung in Ansehung der an sich übertragbaren Emolumente nach Ermessen des Richters Statt finden.

6) Im Allgemeinen haben die Personen, denen der Auszügler zu Alimenten verpflichtet ist, freilich keinen besondern Anspruch auf den Auszug. Ein solcher Anspruch ist vielmehr nur dann erst gedenkbar, wenn entweder die Auszugsemolumente das ganze Vermögen des Auszüglers bilden, oder in specie von der Theilnahme an der Wohnung in dem Fall die Rede ist, wenn das Wohnungsrecht des Auszüglers nicht in einem bloßen ius cohabitandi besteht. So können also unversorgte Kinder und Ehegatten verlangen, daß ihnen officio iudicis von den Auszugspraestandis etwas zu ihrer Subsistenz angewiesen, der Aufenthalt in der Auszugswohnung gestattet werde. Das letztere namentlich kann die Ehefrau des Auszüglers ohne Frage unmittelbar, der Ehemann einer Auszüglerin wenigstens per iudirectum insofern erlangen, als er außerdem, und wenn nicht etwa eine separatio quoad torum et mensam rechtskräftig ausgesprochen worden ist, die Frau zu nöthigen berechtiget ist, mit Aufgebung der Auszugswohnung in seine Wohnung zu ziehen.

7) Auch diese Frage kann natürlich nur in Ansehung solcher Auszugsemolumente aufgeworfen werden, in Ansehung deren ein Dispositionsrecht der Auszüglerin angenommen werden kann. Inzwischen ist hierbei, insofern von einer illatio dotis nomine die Rede ist, auch noch darauf Rücksicht zu nehmen, inwiefern Auszugsemolumente geeignet sind, an sich die Eigenschaft der dos anzunehmen. Es ist bekannt, daß nicht bloß Geld und andre körperliche Sachen, sondern auch usus-fructus und Geldforderungen dotis nomine inferiret werden können; vgl. Hasse Güterrecht der Ehegatten, Berlin 1824. I. Th. Kap. 3. Excurse zu Curtius Handb. I. §. 117. und dazu die Zusätze II. S. 492. III. S. 520 ff. Die Frage ist nun, ob auch Emolumente, wie usus und habitatio, oder Forderungen, welche auf praestationes facti, insofern diese einer Uebertragung fähig sind, sich beziehen, inferiret werden können? Die rechtliche Möglichkeit einer

solchen Illation läßt sich im Allgemeinen nicht bezweifeln; vgl. Winkler ad Berg. Oec. II. 3. 24. not. 5. Allein in Ansehung solcher Emolumente scheint eine Illation nicht ohne weiteres angenommen werden zu können, sondern einer ausdrücklichen Erklärung zu bedürfen. Dergleichen Emolumente sind nehmlich von der Art, daß weder ein wahrer, noch ein quasi ususfructus des Ehemannes denkbar ist. Das lucrum des Ehemannes könnte vielmehr hier bloß darinnen bestehen, daß ihm ein Aequivalent für gewisse Leistungen bis zu dem Zeitpunct der getrennten Ehe gestundet wird; und daß dies die Absicht der Ehefrau gewesen sey, bedarf gewiß einer nähern Bestimmung. Ob der Auszug die Natur der Alimente habe oder nicht, darauf scheint weniger anzukommen. Nur kann freilich in jenem Fall der Auszug dann nicht für inferirt angenommen werden, wenn der Ehemann der Ehefrau überlassen hat, ihren Unterhalt von dem ihr ausgesetzten Auszug selbst zu bestreiten. Uebrigens ist Illation des Auszugs auch in dem Fall anzunehmen, wenn die Auszüglerin den Verpflichteten selbst heurathen sollte, da bekanntlich ein nomen, wegen dessen der Mann als Schuldner der Frau erscheint, sogar als dos inferirt werden kann.

8) vgl. Biener qu. 24. Curtius Handb. I. §. 119. und dazu Excurse I. S. 165. Glück V. §. 352. not. 34. §. 388. S. 231. XXV. §. 1235. S. 149. Die Bestimmung der l. 17. C. de pact. convent. ist in Sachsen durch das Mand. v. 7. Jun. 1831. G. S. n. 21. in gewisser Maaße beschränkt. Es fragt sich nun, inwiefern dieses Gesetz, durch welches das Recht des Ehemanns inferirte activa seiner Ehefrau gültiger Weise zu erheben, in dem Fall, wenn über diese Activa eine förmliche Urkunde ausgestellt und in dieser die Ehefrau als Gläubigerin genannt worden ist, auf die während der Ehe verfallenen Zinsen beschränkt wird, auch auf Forderungen wegen des Auszugs anzuwenden sey? Da die Auszugspraestanda nicht als Zinsen, sondern als selbstständige Leistungen zu betrachten sind, welche die Natur des Hauptstamms haben, und daher ob moram wieder verzinset werden müssen, so scheint allerdings angenommen werden

zu müssen, daß der Ehemann allein die Auszugsemolumente der Frau gültiger Weise, d. h. cum effectu liberationis für den Schuldner nicht erheben könne, gleichviel übrigens, ob der Auszug dem Mann und der Frau zugleich oder nur dieser bestellt worden ist. Die entgegengesetzte Meinung von Thierfeld §. 18, der wenigstens in dem ersten der nur erwähnten Fälle dem Ehemann das Recht der Erhebung zugesteht, ist mit den Bestimmungen des erwähnten Gesetzes nicht vereinbar. Bei Biener qu. 24. findet sich nur das ältere Recht.

9) Wenn man die Auszugspraestanda als selbstständige Leistungen, welche die Natur von Hauptstämmen haben, oder bei dem reservirten Auszug mit einigen Rechtslehrern als pars pretii non soluti betrachtet, so muß nothwendig angenommen werden, daß nach getrennter Ehe das Aequivalent für diese Emolumente restituirt werden müsse, und der Ehemann nur die von diesen Emolumenten während der Ehe gezogenen Nutzungen lucrire; wie dies in Sachsen c. 25. p. III. in Ansehung der Ausbeute von Bergtheilen verordnet. Wollte man dagegen die Auszugsemolumente für die Nutzungen eines gewissen Kapitals ansehen, so würde der Ehemann dieselben allerdings unwiederruflich acquiriren. Die letztere Annahme scheint indeß nach dem, was §. 1. über die Natur der Auszugsemolumente gesagt worden ist, auf keine Weise haltbar, und so wird dann allerdings angenommen werden müssen, daß das Recht des Ehemannes an dem Auszug der Ehefrau als eine Art des sogen. quasi ususfructus zu betrachten sey, vermöge dessen nach beendigtem ususfructus das Aequivalent in Gelde zu restituiren ist, nur daß hier wie in andern Fällen des ususfructus legalis die cautio usufructuaria wegfällt. Diese Ansicht ist in Sachsen die des App.-Gerichts, während der Schöppenstuhl und die Juristenfac. zu Leipzig der entgegengesetzten folgen; vgl. Mirus IV. 8. Ein Argument für die letztere Meinung scheint allerdings c. 24. p. III. darzubiethen, insofern dieses Gesetz in Beziehung auf die ehemalige successio in mobilia des Ehemannes bestimmt, daß die während des Lebens der Ehefrau betagten Zinsen wiederkäuflicher Hauptstämme als Mobiliarvermögen

dem Ehemanne zufallen sollen, woraus natürlich folgt, daß der Ehemann von den bei Lebzeiten der Frau betagten und erhobenen Zinsen nichts herauszugeben brauche. Dagegen läßt sich nun freilich nicht einwenden, daß die Constitution bloß von dem, was in Ansehung der Erbfolge des Ehemannes gilt, sprechen und durch das, was in dem neuern Recht über die Erbfolge der Ehegatten verordnet worden ist, aufgehoben worden sey. Denn es fehlt an einem hinreichenden Grund, anzunehmen, daß bei einer durch Scheidung getrennten Ehe die Frau selbst andre Rechte habe, als in dem Fall des Todes ihre Erben, und ein angenommenes Princip kann nichtsdestoweniger fortbestehen, wenn es gleich seine Anwendung für einen einzelnen Fall verloren hat. Allein die Constitution ist bloß von Zinsen wiederkäuflicher Hauptstämme zu verstehen, Kind I. qu. 56., mit welchen Auszugsemolumente keineswegs zusammengestellt werden dürfen. —

10) Die Gläubiger des Auszüglers, insofern sie den Auszug als Object ihrer Befriedigung zu erlangen berechtiget sind, können eine Disposition, durch welche sie benachtheiliget werden, nach den Grundsätzen über alimatio in fraudem creditorum gewiß anfechten, wobei darauf, ob die Disposition zu Gunsten des Verpflichteten oder eines Dritten erfolgt ist, nichts, desto mehr aber darauf ankommt, ob die Veräusserung gegen ein Aequivalent geschehen ist oder nicht. Personen, welche an dem Auszug Theil nehmen, haben im Allgemeinen kein Befugniß, die Disposition des Auszüglers über die einzelnen Auszugsemolumente oder den ganzen Auszug zu verhindern, den Fall ausgenommen, wenn sie nachweisen, daß sie wegen der Alimente, welche sie von dem Auszügler zu erwarten haben, für die Zukunft gefährdet sind. In diesem Fall sind sie wie Gläubiger zu betrachten, die Sicherstellung wegen einer künftigen Forderung suchen. Eine Ehefrau, deren Ehemann an dem Auszug derselben Theil nimmt, ist jeden Falls an die Einwilligung des Ehemannes gebunden, wenn sie über den Auszug gültig disponiren will.

11) Ein solches Recht des Widerspruchs wird demnach den Gemeinden zugestanden werden müssen, welche in subsidium zur Versorgung der innerhalb des Gemeindebezirks vorhandenen Armen verpflichtet sind, in allen Fällen, in denen ein Auszügler, der außer dem Auszug Nichts im Vermögen hat, den Auszug aufgeben wollte. Auch hier macht es keinen Unterschied, ob die Aufgebung des Auszugs zu Gunsten des Verpflichteten oder eines Dritten geschieht. Und wenngleich ein Recht des Widerspruchs zunächst nur für den Fall begründet erscheint, wenn der Auszug aufgegeben wird, ohne dafür ein Aequivalent zu empfangen, so muß dasselbe doch auch in dem Fall angenommen werden, wenn das Aequivalent für den Auszug unverhältnißmäßig, oder ein für allemal gegeben, dem Auszügler zur willkührlichen Verfügung überlassen wird, dabei aber ein gegründeter metus dilapidationis vorhanden ist. Vgl. Klingner a. a. O. §. 197. Was in Ansehung der Gemeinden gilt, das muß aber auch als gültig in Betracht Andrer angesehen werden, welche in subsidium zu Versorgung des Auszüglers verpflichtet sind. Allerdings scheint hier eigentlich ein gravamen de futuro vorzuliegen, allein nichtsdestoweniger darf diese Rücksicht nicht ganz unbeachtet bleiben; und es fällt dem richterlichen Ermessen anheim, zu beurtheilen, wie nahe der Eintritt der Verpflichtung Dritter zu Versorgung des Auszüglers als bevorstehend angenommen werden müssen, und welche Mittel zu Sicherstellung des Dritten zu ergreifen seyn dürften. Die Gründe, welche der Bestimmung der l. 8. D. de transact. die Veranlassung gaben, sind hier ganz gewiß vorhanden. Inzwischen wird die Abtretung des Auszugs, welche gegen ein Aequivalent geschiehet, nicht immer verhindert werden können; namentlich dann nicht, wenn das Aequivalent zu Versorgung des Auszüglers hinreichend erscheint, und die Verwendung desselben zu dem Zweck der Versorgung des Auszüglers gesichert wird.

12) Das Recht auf Leistungen, welche als onus reale eines Grundstücks anzusehen sind, wird gewöhnlich als Immobile betrachtet. Berger Oec. II. 1. §. 8. Glück II. §. 174.

S. 535. Mittermaier §. 154. In Sachsen vgl. const. 24. p. III. und dazu Carpzov. Vgl. die Consultationen I. qu. 2. q. 23. II. p. 2. 7. Mindan. III. qu. 99. Man hat daraus in Verbindung mit E. P. O. XIII. gefolgert, daß ein Auszügler im Proceß von der cautio pro expensio frei sey; vgl. Küstner ad Griebner XIII. not. 95 a., obwohl an der Richtigkeit dieser Folgerung wenigstens dann zu zweifeln ist, wenn der Auszug ad alimenta bestellt worden und nur auf das Nothwendige, wie Wohnung und Kost beschränkt ist.

§. 18.

Die Bestellung eines Auszugs hat gewissermaaßen auch auf den status des Auszüglers Einfluß, dies gilt aber nur von dem Auszug, welchen die Besitzer von Bauergütern bei der Veräußerung ihrer Grundstücke sich vorbehalten [1]), insofern dieselben das bisher gehabte Gemeinderecht verlieren [2]), zugleich aber auch von manchen Leistungen zu welchen sie früher verpflichtet waren, befreit werden [3]).

1) Vom constituirten Auszug läßt sich dies nicht behaupten. Eben so wenig kann dasselbe im Allgemeinen von demjenigen Auszug angenommen werden, welcher bei der Abtretung andrer Grundstücke als Bauergüter vorbehalten wird. Nicht also in dem Fall, wenn ein städtisches Grundstück mit dem Vorbehalt des Auszugs veräußert wird, weil für die Gewerbsthätigkeit des Bürgers Grundbesitz nicht in dem Maaße erforderlich ist, wie für die des Bauern. Selbst bei bäuerlichen Grundstücken, die nicht ein öconomisches Ganze bilden, nicht, wie z. B. wenn ein einzelnes Stück Feld, ein Garten mit dem Vorbehalt eines Auszugs veräußert wird. Noch weit weniger, wenn von Veräußerung eines Ritterguts unter Vorbehalt des Auszugs die Rede ist, insofern nicht der Besitz eines Ritterguts zugleich mit besondern Vorrechten für die Person des Besitzers verbunden ist, wie z. B. das Recht der Landstandschaft. Vgl. Curtius Handb. I. §. 224. ff.

2) Vgl. Hagemann Landw.recht §. 56. Runde II. §. 62. Eigentlich ist dies schon Folge des aufgegebenen Grundbesitzes, welcher wesentlich erfordert wird, um die Rechte des Mitglieds einer Dorfgemeinde zu erhalten. Vgl. Excurse zu Curtius Handb. III. §. 266. S. 115. Voraus-zusetzen ist, daß der Besitz des veräußerten Grundstücks geeignet war, einen Anspruch an dem Gemeinderecht zu gewähren, was nicht überall von allen Grundstücken, namentlich nicht von Häusern gilt. Daß der Auszügler, welcher ein eignes Auszugshaus besitzt, als Häusler angesehen werde, wie von Thierfeld §. 23. 25. und auch bei Haubold P. R. §. 463[a], ingleichen von C. H. Kind var. iur. observat. syllog. I. L. 1812. obs. 2. S. 18 angenommen wird, ist noch zu bezweifeln, wenn, wie das gewöhnlich der Fall seyn wird, dies Haus Pertinenz des Hauptgutes ist, nicht etwa dem Auszügler eigenthümlich zugehört. Der Befehl v. 27. Jun. 1709 C. A. I. S. 1755. spricht nur von denen, welche aparte Häuserchen auf den Grund und Boden des Hauptguts aufbauen, und bestimmt bloß, daß diese in Ansehung der Abgaben und Frohnen den Häuslern gleich ste-hen sollen. Daß sie aber, auch wenn das errichtete Haus dem Hauptgrundstück verbleibt und nicht Eigenthum des Er-bauers wird, als Gemeindeglieder angesehen werden sollen, wird nicht gesagt. In der That erscheint dann der Auszüg-ler immer nur als zeitiger Besitzer, der sowenig als ein Pach-ter oder Miether Gemeinderechte in Anspruch nehmen kann. Vgl. Excurse a. a. O. S. 117. Uebrigens können Auszüg-ler Feldstücke in der Gemeindeflur behalten, und sind dann in dieser Beziehung als forenses zu betrachten, Thierfeld §. 24. Hierbei entsteht nun noch die Frage, ob und in wie weit ein solcher Auszügler in Sachen, welche die Gemeinde angehen, Zeugniß ablegen; oder gar in Fällen, in denen der Gemeinde ein Eid zuerkannt worden ist, als iuraturus benannt werden könne? Was das Erste betrifft, so hat die Gemeinde, gegen welche ein Auszügler als Zeuge aufgeführt wird, kein Recht die Zulässigkeit oder Glaubwür-digkeit des Zeugen bloß darum zu bestreiten, weil derselbe ein

Auszügler ist. Die Frage ist also bloß, theils ob der Auszügler für sie als Zeuge producirt werden könne, theils, ob der Auszügler selbst ein Recht habe, das Zeugniß abzulehnen. Nur der erste Theil dieser Frage ist es, mit welchem die Rechtslehrer sich beschäftigen. Vgl. Hommel obs. 211. voc. Auszügler, C. H. Kind. in der obenangef. Abhandlung, Thierfeld §. 25. Nach Hommel sind Auszügler immer als Zeugen zulässig, jedoch nicht omni exceptione maiores. Nach der Ansicht der beiden andern Rechtslehrer giebt es aber Fälle, in denen der Auszügler auch unfähig erscheinet Zeugniß abzulegen. Dann nämlich, wenn er a) früher als Streitgenosse aufgetreten war, oder b) noch jetzt an dem Ausgang des Streits ein unmittelbares Interesse hatte, wie in dem Fall, wenn der Streit Leistungen betrifft, in Ansehung deren auch der Auszügler beizutragen oder theilzunehmen hat; also namentlich dann, wenn der Auszügler, der ein eignes Auszugshaus erbauet hat, als Häusler anzusehen seyn sollte, und der Streit Rechte oder Verpflichtungen der Häusler betrifft; sowie, wenn der Streit Rechte und Verpflichtungen angehet, in Ansehung deren der Auszügler seinem als Gemeindeglied bei dem Streit betheiligten Nachbesitzer Eviction zu leisten hat. Abgesehen von diesen Fällen läßt sich wenigstens Unzulässigkeit des Zeugnisses eines Auszüglers nicht behaupten, wenn er gleich wegen verwandschaftlicher Verhältnisse mit den streitenden Gemeindegliedern mehr oder weniger verdächtig erscheinen kann. Was den zweiten Theil der aufgeworfenen Frage anlangt, so kann dem Auszügler ein Befugniß das angesonnene Zeugniß abzulehnen höchstens dann zugestanden werden, wenn er selbst früher an dem Streit Theil genommen hatte. In Ansehung der zweiten Frage, ob ein Auszügler als iuraturus benannt werden könne? ist jeden Falls vorauszusetzen, daß der Auszügler an dem Streit Theil genommen habe; denn außerdem wäre derselbe zwar zu Ablegung eines Zeugnisses, keineswegs aber zu Leistung eines iusiurandum litis decisorium gehalten. Unter dieser Voraussetzung ist es allerdings richtig, daß der Auszügler, welcher wegen eines ihm zuständigen Auszugshauses als Ge-

meindeglied anzusehen ist, in Sachen, welche die Gemeinde angehen, als iuraturus benannt werden könne; Thierfeld §. 25. und zwar, wenn Häusler und Anspänner eine Gemeinde bilden, unbedingt, außerdem nur in Sachen, welche die Häusler angehen. Ist hingegen der Auszügler nicht als Gemeindemitglied anzusehen, so hängt die Antwort auf die Frage: ob der Auszügler als iuraturus benannt werden könne? von Beantwortung der allgemeinen Frage ab: ob ein Individuum, welches aufgehört hat, Gemeindeglied zu seyn, genöthigt werden könne, an dem früher begonnenen Proceß ferner Theil zu nehmen? eine Frage, welche verneint werden zu müssen scheint; vgl. Excurse zu Curtius Handb. II. S. 112. 113. Nach Maaßgabe der E. P. O. XVIII. 5. können aber Häusler auch dann, wenn sie für sich gar keine Gemeinde bilden sollten, Eide durch 3 oder 4 ihres Mittels leisten; und hier kann es ebenfalls keinem Zweifel unterliegen, daß der Auszügler, welcher wegen seines Auszugshauses an dem Streit Theil genommen hat, als iuratnrus benannt werden könne.

3) Vgl. Krause IV. 6. Thierfeld §. 22. 23. Mirus IV. §. 16. Hommel obs. 356. n. 6. Curtius Handb. §. 268. 281. Daß der Auszügler, welcher aufhört Gemeindeglied zu seyn, keine Gemeindeabgaben trage, versteht sich von selbst. Was die dem Staat oder dem Erb- und Gerichtsherrn zu leistenden Abgaben und Frohnen betrifft, so sind in Rücksicht der Abgaben und Frohnen nach dem angezogenen Befehl von 1709 Auszügler, welche eigne Auszugshäuser sich erbauen, als Häusler, die Uebrigen aber als Hausgenossen zu betrachten. Die Letztern haben an landesherrl. Abgaben einen Quatemberbeitrag, Bef. v. 16. Jul. 1716. C. A. II. S. 1836. und dem Erbherrn Hausgenossenzins zu entrichten, Befehl v. 1. Mai 1609. C. A. II. S. 1363. 12. Jul. 1681. C. A. II. S. 25., werden aber, wenn sie das 60. Jahr ihres Alters erreicht haben, von der Frohnpflicht befreit. Dagegen haben die Auszügler Parochialabgaben zu entrichten, namentlich den Opferpfennig und Häu-

selgroschen, ingleichen die Beiträge zu Bau- und Reparatur geistlicher Gebäude, wogegen sie die Benutzung des zu dem Grundstück gehörigen Häuselgroschens sich vorbehalten können. Vgl. v. Weber Kirchenr. II. 2. §. 97. S. 781. 2. S. 109. III.

§. 19.

Das Recht auf Auszug hört auf, theils aus Gründen, welche auch das Aufhören andrer Forderungsrechte bewirken [1]), theils aus Gründen, welche dem Auszug eigenthümlich sind. Zu den Letztern gehört der Tod des Auszüglers [2]), die nothwendige Subhastation des Grundstücks, auf welchem der Auszug haftet, insofern diese auf Instanz eines Gläubigers erfolgt, dessen Forderungsrecht dem des Auszüglers vorgeht [3]), und was das Recht der Ehegatten in dem Fall, wenn der eine Ehegatte den Auszug sich und zugleich dem andern bedungen hat, betrifft, die Trennung der Ehe [4]), nicht aber eine unerlaubte Handlung des Auszüglers [5]), oder bei Auszüglerinnen anderweite Verheirathung [6]), oder außereheliche Schwangerschaft [7]). Die Folgen, welche das Aufhören des Auszugs mit sich führt, sind fast bei allen den verschiedenen Arten, durch welche Auszug aufhört, dieselben [8]). Diese Folgen äußern sich nur für die Zukunft, und es ist daher in Ansehung der einzelnen Prästationen zwischen verfallenen und nicht verfallenen zu unterscheiden [9]). Jene verbleiben dem Auszügler selbst, oder dessen Erben [10]), diese fallen in der Regel sofort hinweg [11]), so daß nicht einmal bei einem dem Auszügler eingeräumten usus fructus ein Recht in Ansehung der Früchte des letzten Zeitabschnittes, in welchem das Aufhören des Auszugs fiel, Statt hat [12]). Bei einem, Mehrern bestellten Auszug kann der Wegfall eines Percipienten

eine Verminderung mancher Auszugspraestanda herbeiführen [13]), wogegen das Recht derer, welche an dem bestellten Auszug bloß Theil nehmen, mit Wegfall des Auszüglers aufhört [14]). Es läßt sich jedoch auch eine successive Concurrenz Mehrerer bei einem und demselben Auszug, vermöge deren der Auszug von dem Einen auf den Andern unverändert übergeht, denken [15]). Uebrigens kann unter gewissen Umständen auch Veränderung des bestellten Auszugs Statt haben [16]).

1) Es gelten also hier die gewöhnlichen modi tollendi obligationem, und zwar sowohl solche, die allen Arten der Obligationen gemein sind, als andre, welche auf bestimmte Arten von Obligationen sich beziehen. Das in Beziehung auf Auszug zuständige Forderungsrecht hört auf A) ex caussa antecedente, wenn der, welcher den Auszug bestellt, nur ein temporäres Recht hatte, und das Aufhören dieses Rechts eintritt, gemäß der Regel soluto iure concedentis etc.; ferner, wenn der Auszug auf eine gewisse Zeit bestellt, oder an eine Resolutivbedingung gebunden war, und jene Zeit verflossen, diese Bedingung eingetreten ist; vgl. §. 4. Das Bestehen des vorbehaltenen Auszugs hängt übrigens auch von dem Fortbestehen des Hauptvertrags ab, bei welchem der Auszug vorbehalten worden war, vgl. §. 5. not. 3. Runde II. §. 50. 78. In Fällen, in denen der Uebereignungsvertrag eine reine Schenkung ist, können auch die gewöhnlichen Gründe, aus denen Revocation der Schenkung Statt hat, wirksam seyn; vgl. Heune de cess. bonor. lib. a parentibus facta. §. 14. Mirus VI. 3. Runde a. a. O., daß dahin auch supervenientia liberorum gehöre, s. Thierfeld §. 37. Nur dürften dergleichen Gründe bloß gegen den donatarius nicht gegen einen dritten Besitzer geltend gemacht werden können. Vgl. Curtius Handb. III. §. 1351. 1352. — Demnächst hört der Auszug auf B) ex caussa subsequente; wohin gehört a) confusio, und zwar mit der Wirkung, daß bei einer etwa nachfolgenden Separation das aufgehobene Verhält-

niß nicht, wie bei manchen andern Arten dinglicher Rechte und Verpflichtungen, wieder hergestellt wird, b) Aufgeben des Rechts; remissio, jedoch unter den §. 14. angegebenen Beschränkungen. Extinctiv-Verjährung ist in Sachsen nach c. 2. p. II. zwar nicht geradehin undenkbar, wird aber wegen des erforderlichen Ablaufs der Zeit wohl nur selten oder gar nicht vorkommen. Vgl. §. 1. not. 2., Wernher p. III. obs. 94. und dessen diss. III. 3. Krause VI. 3. Mirus VI. 7.

In wiefern interitus rei, d. h. hier der Untergang der mit dem Auszug belasteten Sache, Verlust des Auszugsrechts nach sich ziehe, ist die Frage. Eine Frage, die so lange Deutschland von Katastrophen befreit bleibt, welche ganze Erdstriche verschlingen, freilich zunächst nur von theoretischem Interesse ist. Daß der gänzliche Untergang des belasteten Grundstücks die darauf haftenden Reallasten und namentlich die des Auszugs tilge, lehren Krause VI. 2. Wernher III. 4. Mirus VI. 2. Runde II. §. 77., so wie dies auch schon früher in Ansehung der Grundzinsen von Franzke var. resol. 1. qu. 4. angenommen ward. In den Werken von Eichhorn und Mittermaier, ingleichen in der Abhandlung von Schwarz über Reallasten findet man indeß unter den Arten, auf welche Reallasten erlöschen, Untergang der Sache, nicht aufgeführt. Vorausgesetzt würde natürlich ein Untergang werden müssen, bei welchem die Sache gänzlich aufhört die vorige species zu seyn. Demnach ist es ganz gewiß unrichtig, wenn Wernher, und wie es scheint, auch Runde a. a. O. hierher den Fall zählt, wenn das Grundstück durch inundatio, oder durch Occupation feindlicher Truppen der Disposition des Eigenthümers entzogen wird. Vgl., was inundatio betrifft, §. 24. J. de R. D. l. 7. §. 6. D. de a. r. d. l. 10. §. 2. l. 24. D. quib. mod. usufr. l. 14 .pr. D. quemadm. serv. am. l. 1. §. 9. D. de flum. publ. Dergleichen Umstände können das Recht des Auszüglers zwar für einen gewissen Zeitraum suspendiren, oder einer Moderation unterwerfen, nicht aber gänzlich aufheben. Einen solchen gänzlichen Untergang vorausgesetzt, bleibt aber

für den berechtigten Auszügler weder eine Klage auf Entschädigung, noch läßt sich annehmen, daß derselbe, wenn auch kein dingliches, doch ein persönliches Recht gegen den gewesenen Eigenthümer des untergegangenen Grundstücks behalte, den Fall ausgenommen, wenn der Untergang verschuldet worden war, a. l. 5. §. 3. 1. 6. 7. D. quib. mod. ususfr. Daß die obligatio personalis fortdauere, wenn gleich das belastete Grundstück zu existiren aufgehört hat, würde zwar dem, was von dem Recht eines hypothekarischen Gläubigers gilt, entsprechen, hingegen ganz gegen die Natur einer Reallast seyn, deren Wesen gerade darinnen besteht, daß man nur durch den Besitz einer Sache und wegen desselben verpflichtet wird. Vgl. Wernher III. §. 4. Mirus VI. §. 12. Eine Ausnahme scheint zwar in Ansehung derer gelten zu müssen, welche eine obligatio personalis ausdrücklich übernommen haben, vgl. Runde a. a. O.; allein um dies anzunehmen, sind ganz bestimmte, unzweideutige Erklärungen erforderlich; und es kann schwerlich einer solchen Uebernahme gleichgeachtet werden, wenn bei Bestellung eines Auszugs der Eigenthümer des Grundstücks nichts weiter als die einzelnen Emolumente zu leisten verspricht, oder ein späterer Erwerber den Auszug übernimmt. Was die Schädenklage wegen verschuldeten Untergangs betrifft, so ist sie natürlich nur gegen den Schuldigen, welcher nicht immer der gewesene Eigenthümer seyn wird, anzustellen. Kann sie aber gegen diesen angestellt werden, so ist es unbedenklich, sie auf dasselbe zu richten, was das Object der obligatio personalis bilden würde. Bei einem gänzlichen Untergang der belasteten Sache, wie er in Vorstehendem angenommen worden ist, wird übrigens an eine solche Wiederherstellung des Untergegangenen, welche nach l. 10. §. 1. 2 7. D. quib. mod. ususfr. Wiederaufleben des verloren gegangenen Rechts möglich macht, nicht zu denken seyn. Krause VI. 2. Mirus VI. 2.

Außerdem läßt sich aber auch denken, daß, obschon das Recht des Auszugs fortbesteht, dennoch verloren gehe A) der Anspruch des Auszüglers auf einzelne Auszugsprästationen. Dies kann geschehen a) im Allgemeinen durch Verjährung des

Rechts auf einzelne Leistungen, welche jedoch aus denselben Gründen, welche der Verjährung des ganzen Rechts entgegenstehen, nur selten vorkommen wird. Für unverjährbar erklärt wegen l. 10. pr. D. de usu et hab. Wernher p. IX. obs. 89. das ius habitationis. Obschon in dem angezogenen Gesetz eigentlich bloß von dem Verlust durch non usus die Rede ist, so läßt sich diese Ansicht doch wenigstens in Ansehung des legatum habitationis vertheidigen, weil hier legatum multiplex angenommen wird, a. l. 10. D. de cond. et dem. j. l. 4. 8. 11. D. de ann. legat. Es kann aber auch non usus von Seiten des Auszüglers hier und in andern Fällen den Anspruch auf einzelne verfallene Auszugsprästationen aufheben, wenn es an dem Auszügler lag, diese Prästationen nicht zu empfangen. So wird der Auszügler, welcher die ihm angewiesene Wohnung, oder andre positive Leistungen des Verpflichteten, die in faciendo bestehen, zu benutzen unterließ, das Recht auf dergleichen Emolumente verlieren, ohne auch nur einen Anspruch auf Entschädigung zu behalten. Vgl. §. 8. not. 1. §. 9. not. 9. und das, was §. 12. not. 4. über mora accipiendi gesagt worden ist. In diesen Fällen ist eine Art von derelictio auf Seiten des Auszüglers anzunehmen. Mirus VI. 6. Was Prästationen betrifft, die in dando bestehen, so hebt freilich mora accipiendi des Auszüglers den Anspruch nicht unbedingt auf. Vgl. §. 12. not. 9. — b) Insbesondre in Ansehung der Auszugs-Emolumente, welche in dem Recht der unmittelbaren Benutzung einer Sache bestehen; vgl. §. 9. not. 10. Ueber Verlust des Wohnungsrechts durch Abbrennen des Hauses insbesondere Wernher Enunc. p. III. obs. 317. Was Prästationen anlangt, die in dando bestehen und aus einer bestimmten Sache zu leisten sind, vgl. §. 12. not. 7. Aber auch β) die Verpflichtung eines bestimmten Verpflichteten kann, ohnbeschadet des Rechts auf Auszug aufhören, wenn dieser aufhört, Eigenthümer der belasteten Sache zu seyn, vorausgesetzt, daß er nur als Besitzer kraft der Eigenthümlichkeit eines onus reale gehalten war, und nicht etwa außerdem für seine Person sich noch besonders verpflichtet hatte. Unter dieser Voraus-

setzung ist es auch richtig, daß der Verpflichtete durch Derelliction des Grundstücks sich befreien könne. Vgl. Mittermaier D. P. R. §. 153. not. 9.

2) Vgl. §. 1. Auf die Erben geht indeß der Anspruch wegen bereits verfallenen Leistungen über. Eben so der übrige Nachlaß des Auszüglers, selbst wenn er aus dem Ertrag der Auszugsemolumente bestände; nur mit Ausschluß solcher Gegenstände, welche aus dem Ertrag der Nutzungen zum fortwährenden Gebrauch für jeden künftigen Auszügler, oder wohl gar für das Grundstück angeschafft worden seyn sollten; Dinge also, an welchen dem vormaligen Auszügler das bloße Gebrauchsrecht eingeräumt worden war. Vgl. Overbeck Meditat. IV. 226. X. 502. 503. Daß der verpflichtete Gutsbesitzer als solcher keinen Anspruch an dem Nachlaß des Auszüglers habe, bedarf keines Beweises, Hagemann Landw. R. §. 57. Struben r. Bed. V. 42. 67. Runde II. §. 52—56. Auch die Kosten der Beerdigung des Auszüglers trägt der Verpflichtete als solcher nicht, wenn sie nicht besonders übernommen worden sind, und zwar selbst dann nicht, wenn der Auszug zu Versorgung des Auszüglers bestimmt gewesen ist; denn wenn auch die Pflicht die Beerdigungskosten zu übertragen in der gesetzlich obliegenden Pflicht zur Alimentirung enthalten seyn sollte, so läßt sich doch nicht dasselbe von einer vertragsmäßig übernommenen Alimentationspflicht behaupten.

Uebrigens kann durch Verträge oder bei dem durch letztwillige Verfügung bestellten Auszug durch Disposition dessen, der den Auszug anordnet, allerdings bestimmt werden, daß der Auszug auf einen Andern übergehe. Nur darf dadurch nicht ein schlechthin vererbbares Recht, dem eine dauernde Last des Grundstücks entsprechen würde, constituirt werden, wenn der Begriff Auszug bleiben, nicht ein andres Recht an dessen Stelle gesetzt werden soll.

3) Vgl. die Bemerk. zu §. 14. not. 6. Wenn nun aber die Subhastation des belasteten Grundstücks für einen Gläubiger, welchem der Auszügler nachstehen muß, ohne Berücksichtigung des Auszugs erfolgt ist, behält nicht der Auszügler einen

Anspruch gegen den letzten Besitzer oder wenigstens auf die nach Befriedigung jenes Gläubigers rückständig verbleibenden Kaufgelder? Das erstere muß als widerstreitend der Natur einer Reallast verneint werden, das letztere nimmt man allerdings in praxi an, und der Grund dieser Annahme liegt darinnen, daß man das Recht des Auszüglers in Fällen, in welchen dasselbe in seinem ursprünglichen Zustand nicht zu erhalten ist, dennoch so wenigstens erhalte, wie man es kann. Biener qu. 26. a. E. Allein der Auszügler soll auch nicht mehr erhalten, als er ursprünglich zu fordern hatte. Dies würde er aber ganz gewiß, wenn das ganze residuum der Kaufgelder ihm gelassen würde, während er doch nur einen Anspruch hat, daß durch das residuum die Auszugspraestanda so viel als möglich gedeckt werden. Das residuum als Hauptstamm betrachtet, scheint daher dem letzten Besitzer des versteigerten Grundstücks und dessen Gläubigern zu gehören, jedoch zunächst zu Deckung der Auszugsemolumente für die Dauer des Auszugs verwendet werden zu müssen. Ist nun dies Residuum von solchem Belang, daß durch die Zinsen desselben die Auszugspraestanda ganz oder doch zu dem größten Theil gedeckt werden können, so wird dieser Punct durch zinsbare Anlegung des Kapitals leicht sich reguliren lassen. Ist aber der Betrag des residuum so gering, daß aus den Zinsen ein Aequivalent für den Auszug auf keine Weise gereicht werden kann, so scheint es in der That höchst unbillig, den Auszügler in Ansehung seiner Forderungen auf eine Kleinigkeit zu beschränken, bloß damit dem vormaligen Eigenthümer des Grundstücks oder Gläubigern desselben, welche kein Vorzugsrecht vor dem Auszügler praetendiren konnten, der Anspruch auf den Hauptstamm des residuum gesichert bleibe. Richtiger ist es daher, im Allgemeinen als Regel anzunehmen, daß ein Anspruch auf das Residuum zunächst dem Auszügler und erst, wenn dieser gedeckt ist, dem letzten Besitzer oder dessen dem Auszügler nachstehenden Gläubigern gebühre. Lassen sich beide entgegengesetzte Interessen vereinigen dadurch, daß man das Residuum zinsbar anlegt und von dem Zinsenertrag die Auszugspraestanda deckt, so muß dies allerdings beachtet

werden. Ist dies aber nicht ausführbar, so ist dem Auszügler das Seine, so lange es angeht, freilich zunächst aus den Zinsen zu reichen, das Fehlende aber aus dem Hauptstamm zu ergänzen. Dabei wird in manchen Fällen das eigne Interesse dem Auszügler eine Herabsetzung seiner Ansprüche anrathen, und unter gewissen Umständen auch das richterliche Ermessen zu diesem Behuf einschreiten. Wäre das Kaufgelderresiduum so unbedeutend, daß es nicht einmal die praestanda eines Jahres deckte, so müßte es ohne Weiteres dem Auszügler verabfolgt werden. Ein andres Mittel, die Interessen des Auszüglers und des letzten Besitzers zu vereinigen, das aber freilich nur mit beiderseitiger Uebereinstimmung angewendet werden kann, wäre die wahrscheinliche Lebensdauer des Auszugs zu ermitteln, hiernach die für die Auszugspraestanda erforderliche Summe festzustellen, und diese Summe dem Auszügler, jedoch in Fällen, in welchen der Auszug ad alimenta gegeben ist, mit Berücksichtigung des Interesses der Personen, welche in subsidium zu den Alimenten gehalten sind, zu verabfolgen.

4) Vorauszusetzen ist also ein Fall, in welchem ein Ehegatte allein als Contrahent bei Bestellung des Auszugs aufgetreten war. In einem solchen Fall ist anzunehmen, daß die zu Gunsten des andern erfolgte Stipulation durch die Fortdauer der bestandenen Ehe bedingt sey. Vgl. l. 49. §. 6. D. de leg. 3. l. 32. §. 10. seq. l. 62. §. 1. D. de don. int. vir. et ux. Mirus VI. 7. Selbst in dem Fall, wenn die Ehescheidung noch nicht erfolgt, jedoch eingeleitet, oder auch nur die Absicht zu erkennen gegeben worden ist, Trennung der Ehe ex iusta caussa zu suchen, möchte dasselbe anzunehmen seyn. Wenigstens werden diejenigen Rechtslehrer dies annehmen müssen, welche die Meinung vertheidigen, daß eine Ehefrau des ihr von ihrem Manne bedungenen Auszugs wegen Ehebruchs verlustig werde; wovon unten §. 7. Auf den Auszug, den jeder der Ehegatten sich selbst bedungen hat, oder der beiden zugleich von einem Dritten bestellt worden ist, hat das Fortbestehen der Ehe keinen Einfluß.

5) Wenn die unerlaubte Handlung des Auszüglers nicht gegen den Verpflichteten selbst gerichtet ist, so müßte man dem Ver-

pflichteten eine Art Strafrecht einräumen, wenn man annehmen wollte, daß demselben ein Recht zustehe, einer solchen Handlung wegen die Entrichtung der Auszugspraestanda zu verweigern. Ist die unerlaubte Handlung gegen den Verpflichteten selbst gerichtet, so kann dieselbe als Grund des Erlöschens des Auszugs nur in dem Fall gelten, wenn der Verpflichtete dem Auszügler einen Auszug Schenkungsweise constituirt hätte, und einer der Gründe einträte, welche zu dem Wiederruf der Schenkung berechtigen. Mißbrauch der dem Auszügler zur Benutzung überlassenen Sachen scheint zwar hier, wo keine Caution den Eigenthümer sichert, strenger beurtheilt werden zu müssen, würde aber doch in keinem Fall Verlust des ganzen Auszugs herbeiführen. Indeß läßt man überhaupt Mißbrauch nicht als Grund für den Verlust des Rechts gelten. Runde II. §. 84. — Uebrigens können unerlaubte Handlungen des Auszüglers allerdings wenigstens mittelbar die Veranlassung geben, daß der Auszügler gewisse Auszugspraestanda aufgeben muß, wie das Recht der Wohnung, der Wartung und Pflege, wenn er in das Zuchthaus wandern muß.

6) Krause VI. 5. und die das. angf. Erkenntnisse. Berger resp. II. 49. E. D. F. XXXIX. obs. 3. not. 3. S. E. D. F. tit. XXXIX. obs. 24. Runde II. §. 82. Biener qu. 24. Hommel obs. 2. Mirus VI. 7. Bei der anderweiten Verheirathung einer Auszüglerin kann demnach nur in Frage kommen, inwieweit der zweite Ehemann zur Theilnahme an dem Auszug berechtigt sey. Vgl. §. 16. not. 9.

7) Wenn die Frau als Auszüglerin zu betrachten ist, d. h. entweder bei Bestellung des Auszugs als Mitcontrahentin concurrirt hat, oder derselbe ihr von einem Andern als dem Ehemann beschieden worden ist, läßt sich an der Richtigkeit dieses Satzes gar nicht zweifeln. Vgl. Krause VI. 4., der indeß ein entgegengesetztes responsum des Schöppenstuhls zu Leipzig aus früherer Zeit anführt und selbst annimmt, daß eine Auszüglerin wegen unkeuschen Wandels wenigstens des Wohnungsrechts verlustig werde; Struben. r. Bed. V. 140. Runde II. §. 83. Mirus VI. 7.. Nur in dem Fall, wenn

der Ehemann der Frau einen Auszug stipulirt hat, wird angenommen, daß wegen Ehebruchs die Ehefrau des Anspruchs auf Auszug verlustig werde, von Bülow und Hagemann Erört. I. 52. Zachariae qu. XXI. §. 2. Der Letztere behauptet dasselbe auch in dem Fall, wenn nach dem Tode des Mannes die Wittwe ein stuprum begeht; was nach Krause a. a. O. auf ein stuprum intra annum luctus commissum zu beschränken ist. Die Vertheidiger der letztern Meinung haben die Bestimmungen des r. Rechts vor Augen gehabt, welche eine treulose Frau mit dem Verlust des Einbringens und der ihr in Eheverträgen bedungenen Vortheile bestrafen. N. 39. c. 2. §. 1. N. 117. c. 8. N. 134. c. 10. Mit diesen Gesetzen tritt schon die bekannte Stelle des Sachsenspiegels I. 33. in Widerspruch. Auch verliert da, wo wie in Sachsen nach dem Erbgef. v. 31. Januar 1829. §. 93. 94., die Ehescheidungsstrafen, welche in Verlust an dem Vermögen des schuldigen Theils bestehen, aufgehoben sind, das aus denselben hergeleitete Argument sehr an Gewicht. Uebrigens erstreckt sich auch keine der Bestimmungen des r. Rechts auf ein bloßes nach dem Tode des Mannes und nach Ablauf des Trauerjahres begangenes stuprum. Ehebruch, welcher von dem Manne gerügt oder doch als Scheidungsgrund benutzt wird, kann allerdings als Ursache des Widerrufs einer zu Gunsten der Frau gemachten Stipulation des Ehemannes gelten, so wie sich von selbst versteht, daß bei der in Folge eines solchen Widerrufs erfolgten Trennung der Ehe, das Recht auf Auszug für die Ehefrau schon wegen Trennung der Ehe wegfällt; vgl. not. 4.

8) Die Frage, wegen verfallener und rückständig gelassener oder künftig verfallender Auszugsprästationen ist nur in dem Fall der confusio, wenn der Auszügler alleiniger Erbe des Verpflichteten wird, völlig bedeutungslos. Dasselbe gilt gewissermaaßen dann, wenn der vorbehaltene Auszug aufhört, weil der Hauptvertrag in Folge einer Rescission ex tunc aufgehoben wird, in Gemäßheit welcher alles in den Stand gesetzt werden muß, welcher zur Zeit des abgeschlossenen Contracts vorhanden war.

9) Vgl. Runde II. §. 47. Wenn die verschiedenen Auszugsprästationen verfallen, das ist bereits oben gehörigen Orts bemerkt worden. Indeß kann doch ein Zweifel entstehen, ob die daselbst angegebenen Bestimmungen in ihrem ganzen Umfang auch gültig seyen für den Fall, um welchen hier es sich handelt; wenn nämlich die Rede davon ist, ob der Eintritt eines der Gründe, welche den Auszug aufhören machen, das Recht auf bestimmte Auszugspraestanda aufhebe. Diese Zweifel entstehen in Ansehung derjenigen in dando bestehenden Leistungen, welche auf Naturallieferungen, und zwar insbesondere auf solche sich beziehen, die aus dem Ertrag des belasteten Grundstücks zu leisten sind, jedoch nur zu bestimmten Zeiten percipirt werden können. Der in Ansehung solcher Leistungen bestimmte Zeitpunct der Leistung scheint in dem Interesse des Schuldners zu dessen Erleichterung festgestellt und mehr den dies veniens als den dies cedens des Forderungsrechts zu bezeichnen. Man könnte demnach versucht seyn anzunehmen, daß auch praestanda der erwähnten Art, sobald der für dieselbe bestimmte Zeitpunct in ein Jahr fällt, zu dessen nach der Zeit der Bestellung des Auszugs zu bestimmenden Anfang (l. 56. §. 4. D. de V. O.) der Auszug noch bestand, dem Auszügler oder dessen Erben, wo nicht voll, doch pro rata temporis gewährt werden müssen. Das erste wäre dem entsprechend, was l. 5. 8. 13. 22. D. de ann. leg. über die Verfallzeit von legatis annuis sagen, während für das letztere als eine Art von vermittelnder Meinung nach gemeinem Recht gar nichts, als eine gewisse Billigkeit sich anführen läßt, obschon dieselbe nach sächs. Recht die Bestimmungen der c. 16. u. 32. p. III. und die Autorität von Carpzov. p. III. c. 16. def. 1 — 4. c. 32. def. 19. Wernher III. §. 1. für sich haben dürfte. Nach der Ansicht des K. sächs. App. Gerichts ist aber anzunehmen, daß bei dergleichen Prästationen die Absicht der Contrahenten dahin gegangen sey; es solle der Auszügler sogleich bei dem ersten nach Bestellung des Auszugs verfallenden Zeitpunct der Leistung ohne Rücksicht auf die Größe des dazwischen liegenden Zeitraumes den vollen Betrag der Naturalleistung erhalten; dagegen aber auch, wenn

der Auszug während des nächsten Jahres nach dem bestimmten Zeitpunct z. B. durch den Tod des Auszüglers aufhört, auf dessen Erben nichts kommen.

10) Runde II. §. 46. 47. Bloß in Ansehung der Prästationen, welche in faciendo bestehen, ist ein Recht die Naturalleistung zu fordern, nicht immer anzunehmen; namentlich dann nicht, wenn dergleichen Leistungen auf die Person des Auszüglers Bezug hatten und der Auszug durch den Tod desselben aufgehört hat. In jedem Fall bleibt aber die Forderung auf Leistung des Interesse, wenn der Verpflichtete in mora praestandi sich befand, und nicht etwa Remiß von Seiten des Verstorbenen Statt gefunden hatte, für den abgehenden Auszügler oder dessen Erben.

11) In Sachsen kommt jedoch in Ansehung der in dando bestehenden Leistungen, wenn der Auszug durch den Tod des Auszüglers aufgehört hat, der dies tricesimus zu Gunsten der Erben in Betracht. c. 32. p. III. und dazu Carpzov. def. 20.

12) Was fructus ultimi anni betrifft, so kann davon bei dem Auszug nur insofern die Rede seyn, als zu den Auszugspraestandis auch der ususfructus an gewissen Grundstücken gehört. Denn die Auszugspraestanda im Allgemeinen sind nicht als fructus anzusehen. Nach gemeinem Recht, nach welchem der usufructuarius die Früchte nur durch perceptio, oder in manchen Fällen durch separatio erwirbt, §. 36. J. de R. D. l. 13. D. de usufr. l. 8. D. de ann. leg., kann eine Theilung der Früchte, wie sie Cuiac. XXIV. observ. 21. annahm, nicht Statt finden; vgl. Glück IX. §. 637. c. In Sachsen wird wenigstens in Ansehung der fructus industriales die Sache wegen der Stelle im Sachsenfp. II. 38. III. 76. c. 32. p. III. streitig; vgl. Wernsdorf diss. an ex legibus Saxon. fructus industriales maxima laboris parte peracta usufructuario cedant. Vitib. 1795. Kind I. qu. 19. Gottschalk I. 32. Inzwischen hat das App. Gericht, was den ususfructus des Auszüglers betrifft, angenommen, daß die gemeinrechtlichen Grundsätze über ususfructus in Anwendung kommen.

13) Die Meinungen der Juristen sind in Ansehung dieses Puncts nicht übereinstimmend. Einige nehmen ein ius accrescendi, oder wie man sich wohl auch auszudrücken pflegt, ein ius non decrescendi an; so Zachariae qu. XXI. n. 2., nach welcher Ansicht zu Folge der Notiz bei Mirus IV. 5. not. 53. der Schöppenstuhl im Jahr 1804. entschied. Dieser Ansicht wird entgegengestellt, a) daß das ius accrescendi bei Obligationen aus Verträgen nicht Statt finde; ein Einwand, der wenigstens in Ansehung eines durch letzten Willen bestellten Auszugs nicht stringent ist; b) daß selbst bei legatis ad alimenta relictis ein ius accrescendi nicht Statt finde, l. 57. §. 1. D. de usufr.; vgl. Gottschalk disc. II. 31., was aber, da der Auszug nicht immer die Natur der Alimente hat, ebenfalls nicht allgemein gültig erscheint. Andre wie Runde II. §. 80. Bauer resp. 158. L. 1804. Biener qu. 24. Gottschalk l. l. Mirus IV. 5. VI. 5. nehmen Theilung an, wenn nicht die Beschaffenheit der Leistungen ein Andres erheischt. So entschied die Jur. Fac. zu Leipzig und Wittenberg, in den Erkenntnissen bei Mirus, ingleichen das App. Gericht. Man unterscheidet in Ansehung der Leistungen, ob sie theilbar oder untheilbar sind; und nimmt in Ansehung der erstern an, daß dem übrigbleibenden Percipienten nur die Hälfte gebühre; wobei man aber freilich wieder von der Annahme ausgeht, daß der Auszug die Eigenschaft der Alimente habe. Zu den untheilbaren Leistungen rechnet man die habitatio und alle praestationes faciendi; aber auch außerdem manche praestationes dandi, welche von der Beschaffenheit sind, daß zu Befriedigung des Bedürfnisses eines einzelnen der Berechtigten die volle Leistung erfordert wird, wie Lieferung des Materials für Licht und Heitzung. Der usus fructus wird für theilbar genommen; wogegen das Recht des Auszüglers Vieh zu halten, für untheilbar geachtet wird, wenn gleich dies Recht auf mehrere Stücken Vieh sich beziehen sollte. Wir glauben, daß vor allen Dingen zu unterscheiden sey; ob der Auszug den Mehrern gleichzeitig oder successiv, d. h. so, daß der Andre nach Wegfall des Ersten in den Genuß trete. In dem letztern Fall kann natürlich nichts andres angenom-

men werden, als daß der Nießbrauch, wie er dem Einen bestellt worden ist, auch auf den Andern übergehe. In dem ersten Fall müssen wiederum unterschieden werden, a) Leistungen, die in einem Recht der unmittelbaren Benutzung bestehen; wie usus fructus, usus, habitatio. Was den usus fructus betrifft, so kann der Umstand, daß der usus fructus eine Art von Theilung unter mehrern Berechtigten zuläßt, nicht entscheiden; denn auch habitatio läßt eine solche Theilung zu, und soll doch gleichwohl nach der Ansicht der angeführten Rechtslehrer dem übrigbleibenden Percipienten in vollem Umfang verbleiben. Vielmehr ist in Ansehung eines usus fructus der Satz festzuhalten, daß der usus fructus, der Mehrern in solidum d. h. in Beziehung auf ein Ganzes bestellt worden ist, nicht an den Proprietar zurückkehrt, so lange noch Einer der mehrern usufructuarii vorhanden ist, deren jeder Einzelne ein Recht auf den ganzen usus fructus hatte, und nur wegen der Concurrenz der Uebrigen mit einem Antheil der Nutzungen sich begnügen mußte. Der obige Satz ist in l. 1. §. 2. D. de usufr. acer. deutlich genug und so allgemein ausgesprochen, daß man ihn als allgemein nicht bloß für den legirten usus fr. (in Beziehung auf welchen er die bekannten Eigenthümlichkeiten des usus fr. accrescendus, wie sie in dem erwähnten Pandectentitel vorgetragen werden, am befriedigendsten erklärt,) sondern auch für einen durch Vertrag bestellten usus fr. als gültig ansehen kann. Der letztern Annahme steht l. 3. §. 1. D. de usufr. acer. nicht nur nicht entgegen, sondern sie enthält sogar eine Bestätigung unsers Satzes. In der angezogenen Stelle ist ohne Zweifel von einem inter vivos bestellten usus fr. die Rede, und das ius acer. wird ausgeschlossen; allein das Letztere geschieht nicht, weil ein vertragsmäßiger usus fr. vorliegt, sondern weil der usus fr. den Mehrern nicht in solidum, sondern pro parte bestellt worden war. Um aber zu zeigen, daß unter solchen Umständen ius acer. nicht Statt habe, wäre wohl nichts unzweckmäßiger gewesen, als einen Fall als Beispiel aufzustellen, in welchem von einem ius accrescendi überhaupt nicht die Rede seyn konnte. Soviel kann indeß zugegeben werden, daß die Folgen dieses Satzes in Bezug

auf legatum ususfructus von den römischen Juristen ausschließlich als ius accrescendi bezeichnet werden. Auf die Anwendbarkeit des angeführten Satzes scheint es übrigens keinen Einfluß zu haben, ob der ususfructus an einer bestimmten Sache für die ganze Dauer des Auszugs, oder nur für gewisse Zeitabschnitte Statt findet; ferner, ob diese Sache ein Grundstück, oder eine bewegliche Sache, wie z. B. Vieh sey; und es muß demnach sehr bezweifelt werden, ob die Meinung von Biener, nach welchem der ususfructus an mehrern Stücken Vieh für theilbar anzusehen ist und sofort durch den Wegfall eines Percipienten sich mindert, als richtig anzusehen sey. Die habitatio wird als eine Art des ususfructus aedium, wie der ususfr. überhaupt zu betrachten seyn. Das Nämliche möchte aber auch von dem usus gelten, von dem es heißt: usus pars legari non potest. l 19. D. de usu et hab., und der darum keine Beschränkung erleidet, weil der usuarius nicht die ganze zum Gebrauch überlassene Sache bedarf. l. 22. §. 1. D. de usu et hab. Dagegen ist, was b) praestationes personales betrifft, der Fall eines legirten Auszugs von dem auf andre Weise constituirten oder vorbehaltenen Auszug zu unterscheiden. Denn es läßt sich kein Grund angeben, warum bei dem legirten Auszug nicht wie bei andern Arten der Legate ius accrescendi bei dem Daseyn der Umstände, durch welches dies Recht bedingt worden, eintrete, wenn es nicht durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, wie in dem Fall, wenn der Auszug ad alimenta legirt worden ist, und schon die Hälfte des Beschiedenen ausreichende Mittel der Subsistenz gewährt, beschränkt ist. Demnach würde nur bei dem auf andre Weise bestellten Auszug die von den genannten Rechtslehrern angenommene Unterscheidung zwischen theilbaren und untheilbaren Leistungen zu beachten seyn, weil, wie von Gottschalk a. a. O. mit Recht bemerkt wird, hier vel umbra coniunctionis frustrá quaeritur. Ob der Auszug ein constituirter oder vorbehaltener war, darauf kommt, wie Biener qu. l. bemerkt, nichts an. Eben so wenig scheint darauf Etwas anzukommen, ob beide Ehegatten als Contrahenten concurrirt haben, oder einer für den

Andern gehandelt hat. Uebrigens sprechen die angef. Rechtslehrer überall nur von dem Fall, wenn Ehegatten ein Auszug gemeinschaftlich bestellt worden ist, obschon kein erhebliches Bedenken obwaltet, dasselbe auch in andern Fällen, in welchen mehrere Theilhaber an einem Auszug vorkommen, anzuwenden.

13) Vgl. Biener qu. 24. Was namentlich den usus betrifft, so folgt dies schon aus l. 4. pr. l. 8. pr. D. de usu et hab. Ob zur Zeit der Bestellung des Auszugs die Ehe bereits bestand oder nicht, darauf scheint nichts anzukommen, sobald es ausgemacht ist, daß dem andern Ehegatten nicht zugleich der Auszug bestellt worden war. Durch Scheidung hört die Theilnahme des Ehegatten an dem dem andern bestellten Auszug ebenfalls auf. Mirus VI. 7.

14) In dem Fall, wenn eine Bestimmung vorliegt, vermöge deren das Recht des Auszugs nach dem Wegfall des einen Auszüglers auf einen Andern übergehet, entsteht die Frage, ob der Auszug des Andern ein neu bestellter Auszug, oder als eine Fortsetzung des frühern anzusehen sey? Dies behauptet Runde II. §. 80. und nach ihm Mirus VI. 5. Doch scheint im Allgemeinen darüber sich nichts bestimmt angeben zu lassen. Es ist vielmehr quaestio facti, ob die Intention der Interessenten dahin gegangen sey, daß den Mehrern ein Auszug zusammen bestellt werde, jedoch Einer nach dem Andern in den wirklichen Genuß der Emolumente trete, oder ob man beabsichtiget habe, jedem ein eigenthümliches Recht, das nur zufällig bei jedem von gleichem Inhalt ist, einzuräumen. Das Letztere scheint nicht gerade dasjenige, für welches eine Präsumtion streitet, am allerwenigsten in dem Fall, wenn der Mann bedungen haben sollte, daß nach seinem Ableben die ihm bedungenen Auszugsemolumente der Frau verabreicht werden. Haben die Mehrern successive in dem Genuß des Auszugs eintretenden Personen bei der Bestellung des Auszugs concurrirt, so scheint ebenfalls angenommen werden zu müssen, daß jedem derselben Auszug bestellt worden sey. Hier kann aber der Fall eintreten, daß der Auszug des Einen als vorbehaltener, der des andern als constituirter

zu betrachten ist. Das Recht dessen, welcher erst nach Ableben des Andern in den Genuß der Auszugsemolumente tritt, erscheint dann als ein solches, welches durch einen dies incertus a quo beschränkt ist. Eine andre Frage ist, ob, wenn das Einrücken des Andern von einer bestimmten Art und Weise des Aufhörens des Auszugs abhängig gemacht worden ist, der Auszug des Ersten gerade auf die bestimmte Weise aufgehört haben müsse, wenn der Andre einrücken soll? Es ist im Allgemeinen diese Frage zu verneinen und anzunehmen, daß das Aufhören des Auszugs auf die bestimmte Weise als Bedingung für den Eintritt des Rechts des Andern anzusehen sey. Ist also bestimmt, daß nach dem Tod des Erstern der Andre eintrete, so wird dieser nicht eintreten können, wenn das Recht des Erstern durch consolidatio oder confusio aufgehört hat. Eben so wenig, wenn confusio als der Fall des Eintritts des Andern bezeichnet ist, und das Recht des Erstern durch Tod, lapsus temporis, aufhört. Nur in dem Fall, wenn der Auszug des Erstern durch lapsus temporis beschränkt ist, so daß nach Ablauf dieses Zeitraums das Recht desselben aufhören und der Andre eintreten soll, scheint angenommen werden zu müssen, daß der früher eingetretene Tod des Erstern, das Recht des Zweiten nicht aufhebe; a. l. 12. C. de usufr., obwohl dasselbe nicht eher als nach Ablauf des bestimmten Zeitraums eintreten dürfte. Dasselbe scheint auch in dem Fall gelten zu müssen, wenn der auf eine gewisse Zeit bestellte Auszug vor Ablauf dieser Zeit durch Consolidation aufhört; denn die Consolidation muß rücksichtlich des Rechts des Andern cum onere erfolgen.

16) Erhöhung des bestimmten Auszugs kann nur vermöge ausdrücklichen Vorbehalts gefordert werden. Vgl. §. 16. not. 8. Denn selbst in dem Fall, wenn der bestellte Auszug ob laesionem enormem des Auszüglers aufgehoben werden könnte, vgl. §. 5. not. 10., würde nicht folgen, daß an die Stelle des beseitigten Auszugs ein Andrer gesetzt werden könne. Verminderung des Auszugs kann eintreten, nicht nur wenn Einer der gemeinschaftlich Berechtigten wegfällt, sondern auch officio iudicis, wenn übermäßige Belastung des Grundstücks nach-

gewiesen werden kann, §. 3. not. 3. Außerdem kann vermöge Vertrags eine Verminderung des Auszugs auf mehrfache Weise, z. B. durch Verwandlung der Naturalprästationen in Geld erfolgen; wogegen der Auszug nicht zu den Reallasten gehört, welche nach dem sächs. Ablösungsgesetz vom 17. März 1832 G. S. n. 17. auf einseitigen Antrag abgelöset werden können; vgl. §. 52. des erwähnten Ges. sub f.

Beim Verleger sind nachstehende Werke erschienen:

Hennicke, principia iuris civilis Romano-Germanici et Saxonici regii; in usum iuris studiosorum adumbrata. gr. 8. 1827. 1 Rthlr. 12 Gr.

Ministerverantwortlichkeit, in constitutionellen Monarchien. Monographie eines alten Geschäftsmannes. gr. 8. 1833. 1 Rthlr. 12 Gr.

Rechtsgrundsätze über Frohn- und Dienstsachen nach dem Königl. Sächsischen Mandate vom 13. August 1830 dargestellt für Dienstberechtigte und Dienstpflichtige. 12o. 1831. 8 Gr.

Vehmgericht, das, des Mittelalters, nach seiner Entstehung, Einrichtung, Fortschritten und Untergang. Historisch untersucht von Carl Hütter. 8. 1793. 12 Gr.

Webers, D. A. D., Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtliche Wirkung. 4te sehr verbesserte Auflage. gr. 8. 1805. 2 Rthlr.

Derselbe über Injurien und Schmähschriften. 3 Thle. 3te sehr verbesserte Auflage. gr. 8. 1820. 2 Rthlr. 12 Gr.

Dessen Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 3tes Heft. gr. 8. 1820. 21 Gr.

Dessen Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, 2 Thle. Nach dem Tode des Verfassers herausgegeben von dessen Sohne, dem Kanzleirath, D. A. W. L. Weber. gr. 8. 1821. 4 Rthlr. 18 Gr.

Law
For
H13971x

25979
Hänsel, Philipps Heinrich Friedrich
Die Lehre von dem Auszug oder der Leibzucht.

UNIVERSITY OF TORONTO
LIBRARY

DO NOT
REMOVE
THE
CARD
FROM
THIS
POCKET